
3 1761 06738759 7

HISTOIRE

DE LA

PROPRIÉTÉ PRÉTORIENNE

I.

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

DE LA POSSESSION ET DES ACTIONS POSSESSOIRES. Paris, 1871. Durand et Pedone. Gr. in-8°, 488 p. 6 fr.

COUP D'ŒIL BIOGRAPHIQUE SUR QUELQUES JURISCONSULTES FRANÇAIS DU XVIe SIÈCLE : DUMOULIN. — SON RÔLE EN SUISSE. — CUJAS. (Extrait de la *Revue des Juristes Bernois*.) Berne (Dalp.) et Paris (Durand et Pedone) ; in-8°, 28 p. 1 fr.

ÉTUDE SUR LES SPONSORES, FIDEPROMISSORES ET FIDEJUSSORES, ÉPISODE DES LUTTES ENTRE LA PLÈBE ET LE PATRICIAT AU VIIe SIÈCLE DE ROME. (Extrait de la *Revue de législation ancienne et moderne*.) Paris, 1876, Thorin ; in-8°. 41 p. (épuisé.

DE LA CONDITION RÉSOLUTOIRE DANS LES STIPULATIONS ET DE LA STIPULATION PRÉPOSTÈRE. (Extrait de la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*). Paris, 1879, Larose ; in-8°, 29 p. (rare)

RÉSUMÉ DU COURS DE DROIT ROMAIN PROFESSÉ A LA FACULTÉ DE DROIT. DE LYON. Paris, 1883, 1884. Larose et Forcel, gr. in-8°.
T. I, 190 p. 4 fr.
T. II, 262 p. 5 fr.

ESSAI DE RESTITUTION DE L'ÉDIT PUBLICIEN ET DU COMMENTAIRE D'ULPIEN SUR CET ÉDIT. (Extrait de la *Revue générale du droit*). Paris, 1886, Thorin ; gr. in-8°, 31 p. 1 25

DES DROITS DU VENDEUR A LIVRER DANS LA FAILLITE DE L'ACHETEUR. (Extrait des *Annales de droit commercial*). Paris, 1887, A. Rousseau ; gr. in-8°, 47 p. 2 fr.

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CHATILLON-SUR-SEINE. — M. PEPIN.

HISTOIRE

DE LA

PROPRIÉTÉ PRÉTORIENNE

ET DE

L'ACTION PUBLICIENNE

(Caractère *relatif* ou *temporaire* que peut revêtir la propriété prétorienne.
Ses rapports avec l'*usucapion*.
Influence de la *condition résolutoire* sur cette propriété.
Revendication en droit français).

Avec un fac-simile du § 283 *des Fragments du Vatican*

PAR

C. APPLETON

ANCIEN PROFESSEUR DE DROIT FRANÇAIS A L'UNIVERSITÉ DE BERNE, PROFESSEUR
DE DROIT ROMAIN A LA FACULTÉ DE LYON.

TOME PREMIER



PARIS
ERNEST THORIN
LIBRAIRE DU COLLÈGE DE FRANCE, DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE,
DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME.
7, RUE DE MÉDICIS, 7

1889



AVERTISSEMENT

Cet ouvrage contient trois tables.

1° Un sommaire analytique des chapitres, sections et numéros, placé au commencement du premier volume.

2° Une table alphabétique des matières.

3° Une table des textes dans l'ordre des Institutes, du Digeste, du Code, etc.

Ces deux dernières tables sont placées à la fin du second volume.

Les tables renvoient aux numéros de l'ouvrage. Pour faciliter les recherches, le chiffre du numéro auquel appartient chaque page est reproduit en haut de cette

page, du côté interne, en face de la pagination ordinaire.

Il est à peine nécessaire d'expliquer les signes usités : J., Institutes de Justinien; G., Gaius; D., Digeste; C., Code; P., Paul (Sentences); U., Ulpien (Règles).

BIBLIOGRAPHIE[1]

ACCARIAS, *Précis de Droit romain*, 4e édition pour le t. I, 3e pour le t. II, Paris, 1886.

ARNDTS (L.), *Lehrbuch der Pandekten*, 12e édition 1883.

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4e éd., t. II, n° 219.

BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, Erlangen, 1876.

BEER, *Ueber die Ersitzbarkeit von Erzeugnissen gestohlener Sachen*, Leipzig, 1884.

BELOT, *De la révolution économique et monétaire qui eut lieu à Rome au milieu du troisième siècle avant l'ère chrétienne*, Paris, Ernest Leroux, 1885.

BUFNOIR, *Théorie de la condition en droit romain*, Paris, 1866.

CAUVET (G.), *Origine et développement de la condition résolutoire*, Thèse pour le Doctorat, Poitiers, 1879.

COHEN, *Die Lehre des rœmischen Rechtes von der Schenkung von Todeswegen*, Munich, 1878.

CUQ, *L'Edit publicien. — Nouvelle Revue historique*, 1877, p. 623 et s.

CZYHLARZ, *Zur Lehre von der Resolutivbedingung*, Prague, 1871.

1. Pour éviter un appareil scientifique inutile, cette liste a été limitée aux ouvrages *modernes* que l'auteur a pu consulter lui-même, et qu'il cite fréquemment, ou tout au moins sur des points importants. — Les autres livres qu'il a consultés sur des questions de détail seront indiqués en leur lieu dans le cours de ce travail. — Les citations de seconde main sont données comme telles, avec le renvoi à l'ouvrage où elles ont été puisées.

Dalloz, *Recueil périodique*, 1866, I, 5 et ., note non signée.

Dernburg, *Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prætorischen Edicts*, dans *Festgaben für A. W. Hefter*, Berlin, 1873, notamment p. 119 et s.

Desjardins, *Traité du vol*, 1881.

Drey, *Die utilis actio ad rem vindicandam des Pfleglings*, München, 1882.

Esmein, *Sur l'histoire de l'usucapion*. — *Nouv. Revue historique*, 1885, p. 261 et s.

Exner, *Die imaginære Gewalt* etc., *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, VIII, 1, *rœm. Abt.*, 1887, p. 167-175.

Ferrini, *Note critiche al libro IV dello Pseudo Teofilo*. Estratto dai Rend, del R. Istit. Lomb., Milano, 1884.

Fitting, Article dans *Archiv. f. die civilistische Praxis*, t. 51.

Gimmerthal, *Die publicianische Klage und die Mancipation*, Bremen, 1881.

Girard, *Actio auctoritatis et stipulations de garantie*. — *Nouv. Rev. hist.*, 1882, 1883.

Glasson, *Donations à cause de mort*. — *Revue critique*, 1869, et séparément, 1870.

Gœppert, *Ueber die organischen Erzeugnisse*, Halle, 1869.

Huschke, *Das Recht der publicianischen Klage*, Stuttgart, 1874.

Jhering (von), *Esprit du Droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit par O. de Meulenaere, Paris, 1877, 1878.

Karlowa. *Der rœmische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872.

Laurent, *Principes de droit civil*, t. VI, nos 156, 169-173.

Lenel, *Beitræge zur Kunde des prœtorischen Edicts*, Stuttgart, 1878, p. 1-55. A défaut d'autre indication, c'est à cet ouvrage que nous renvoyons quand nous citons Lenel.

Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1883.

Longo, (Antonio), *La Mancipatio*, Firenze, 1887.

Machelard, *Théorie générale des Interdits en droit romain*, Paris, 1864.

Maynz, *Cours de Droit Romain*, Bruxelles, 1870, 3e édition, 3 vol.

Mommsen, *Digesta*, Berlin, 1870.

Montagne (Gabriel), *De l'action en revendication des immeubles en droit français*, Thèse pour le Doctorat, Poitiers, 1879.

Moreau (Félix), *De l'in bonis habere*, Thèse de Doctorat, Bordeaux, 1883.

NISSEN, *Die kaufrechtliche Tradition*, Leipzig, 1869.

ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, 10e édition, Paris, 1876.

PEIRON, *De la nature du juste titre en matière d'usucapion*, Thèse de Doctorat (partie romaine) Lyon, 1885.

PELLAT, *Exposé des principes généraux du Droit romain sur la propriété*, 2e édition 1853, contenant un commentaire des titres *De reivindicatione*, *de Publiciana in rem actione* et *Si ager vectigalis*.

ROSSI (Prof. Pietro), *Sui prodotti delle cose rubate*, Siena, 1885.

RUDORFF, *De jurisdictione Edictum, Edicti perpetui quæ reliqua sunt*, Lipsiæ, 1869.

SAVIGNY, *Traité* (*System.*) *de droit romain*, traduction Guenoux, Paris, 1855-1860.

SCHIRMER, *Der Besitzerwerb als Voraussetzung der Publiciana*, *Kritische Vierteljahresschrift*, t. XVIII, année 1876, p. 347 et s.

SCHULIN, *Ueber einige Anwendungsfælle der Publiciana in rem actio*, Marburg, 1873. A défaut d'autre indication c'est à cet ouvrage que nous renvoyons quand nous citons Schulin.

SCHULIN, *Resolutivbedingung und Endtermine*, Marburg, 1875.

SCHULIN (*Examen critique de l'ouvrage de Huschke sur la Publicienne*), *Kritische Vierteljahresschrift* t. XVIII, année 1876, p. 527 et s.

SCHEURL (VON), *Beitræge zur Bearbeitung des rœmischen Rechts*, t. II : *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschæften*, Erlangen, 1871.

STINTZING, *Das Wesen von bona fides und titulus in der rœmischen Usucapionslehre*, Heidelberg, 1852. Voyez aussi un article dans *Jahrb. für Dog.*, X, p. 195.

THALLER, *Etude critique sur les doctrines particulières au jurisconsulte Ulpien*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1875.

VANGEROW (VON), *Lehrbuch der Pandekten*, édition 1876 ; en particulier le § 335.

WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, 4e édition, 1876; en particulier le § 199.

SOMMAIRE
DES DEUX VOLUMES

PREMIÈRE PARTIE

Introduction. — Identité de la propriété prétorienne et du droit sanctionné par la Publicienne. — Origine historique de la propriété prétorienne et de la Publicienne. — L'Edit et la formule. — Choses auxquelles s'applique la Publicienne.

CHAPITRE I

Introduction. — Identité de la propriété prétorienne et du droit garanti par la Publicienne. — Aperçu des principales questions.

1. Importance du sujet. — 2. La propriété prétorienne n'a pas de nom technique à Rome ; les Prudents la désignent par une périphrase, ou par l'action qui la sanctionne, la *Publicienne*. Explication. Pour connaître la propriété prétorienne, il faut donc étudier la Publicienne. — 3. Première objection à cette manière de comprendre le sujet : certains propriétaires prétoriens n'ont pas la Publicienne. Énumération des cas d'*in bonis*. Le *bonorum possessor* et celui à qui un fidéicommis d'hérédité est restitué en vertu du Snc. Trébellien n'ont pas la Publicienne *de leur propre chef*, bien qu'ils aient l'*in bonis*, la propriété prétorienne. — Réfutation. Le refus de la Publicienne à ces propriétaires prétoriens étant basé sur des motifs spéciaux, cette exception, loin d'infirmer l'idée de l'identité de la propriété prétorienne et du droit garanti par la Publicienne, la confirme au contraire. — 3 *bis*. Deuxième objection : la Publicienne est donnée à l'acquéreur de bonne foi, qui n'a pas l'*in bonis*. — Réfutation. Il est vrai que l'acquéreur de bonne foi n'a qu'un droit *relatif*, mais, vis-à-vis de ceux auxquels il est opposable, ce droit n'en est pas moins la *propriété prétorienne, qui précisément peut être relative*. Des personnes à qui l'on reconnait l'*in bonis* peuvent elles-mêmes n'avoir qu'un droit relatif. —

4. Suite. Les textes attribuent d'ailleurs expressément l'*in bonis* au simple possesseur de bonne foi, et réciproquement appellent possesseur de bonne foi une personne à qui tout le monde reconnaît l'*in bonis*. — 5. Conclusion : il faut, pour étudier la propriété prétorienne, se placer au point de vue de la Publicienne. Méthode adoptée. Caractère éventuellement relatif de la propriété prétorienne. — 6. Autre caractère de la propriété prétorienne : *elle peut être temporaire* ; la propriété civile au contraire est perpétuelle de son essence. — Renvoi. — 7. Autre caractère : la propriété prétorienne ne se perd pas de la même manière que la propriété civile, elle peut survivre à des faits qui entraînent la perte du *dominium*, comme l'usucapion par un tiers, les transformations de l'objet, l'aliénation extorquée par violence et l'aliénation sous condition résolutoire. — 8. Enfin l'étude de la Publicienne présente par ailleurs un intérêt considérable, en ce que cette action se lie intimement à la théorie de l'usucapion et peut dès lors éclaircir des questions délicates concernant l'usucapion. — Résumé et conclusion.

CHAPITRE II.

Historique, origine de la propriété prétorienne et de la Publicienne.

9. La Publicienne est postérieure à la loi Æbutia. — 10. Son origine doit coïncider avec la révolution économique et monétaire de la fin du VIe siècle de Rome. — 11. Il y a un lien intime entre l'abandon de la procédure des *vindiciæ* particulière aux actions de la loi, et la création de la Publicienne. — 12. Remplacement des *vindiciæ* par les interdits *retinendæ possessionis*. — 13. La Publicienne inventée pour sauvegarder un intérêt que les *vindiciæ* protégeaient tant bien que mal, celui de l'acquéreur avec juste titre, ayant perdu la possession. — 13 *bis*. Les *vindiciæ* sont la source de la Publicienne et des interdits *retinendæ possessionis*.

CHAPITRE III.

La Publicienne compète également à l'acquéreur de bonne foi et au propriétaire bonitaire : elle a été créée pour tous deux. — Elle sanctionne leur vocation à l'usucapion.

14. Les deux intérêts de l'acquéreur de bonne foi *a non domino* et du propriétaire bonitaire réclamèrent simultanément protection. — 15. La Publicienne suffit à les garantir tous les deux ; d'ailleurs le propriétaire bonitaire n'a jamais eu la revendication *per formulam petitoriam*. Réfutation du système contraire. — 16. Il n'avait pas non plus une action fictice distincte de la Publicienne. — 17. A certains égards, l'acquéreur de bonne foi mérite plus de protection que le propriétaire bonitaire; en général il est traité de la même façon. Le *jus civile* reconnaît lui-même un droit au possesseur de bonne foi. — 18. L'usucapion, qu'ils sont en train d'accomplir, leur confère une propriété virtuelle, c. à. d. en germe, en puissance, que le préteur sanctionne par la Publicienne, et qu'on doit appeler la propriété prétorienne.

CHAPITRE IV.

Restitution de l'Edit Publicien et du commentaire d'Ulpien sur cet Édit.

19. L. 1 pr. D. *h.t.* — Y avait-il une formule spéciale et une disposition distincte de l'Edit pour le propriétaire bonitaire et pour l'acquéreur de bonne foi ? — 20. Systèmes qui admettent la dualité. — 21. Systèmes qui la repoussent. — 22. Examen spécial du système de Lenel, partisan de la dualité. — 23. Il n'y avait qu'une seule formule. Selon Lenel, au contraire, il y en aurait eu deux : celle de Gaius IV, 36, ne serait qu'une formule théorique, une formule d'*école*, combinant les deux formules pratiques. — 24. Arguments de Lenel en faveur de la dualité de formule. — 25. Avantages que présente, selon Lenel, la formule propre au propriétaire bonitaire. Réfutation. — 26. La formule spéciale que Lenel propose pour le propriétaire bonitaire n'aurait eu pour lui que des inconvénients. — 27. Il n'y avait qu'un seul édit. Selon Lenel il y en avait deux : l'un, pour le cas d'acquisition *a domino*, promettant la Publicienne quelle que fût la *justa causa* de l'acquisition ; l'autre, en cas d'acquisition *a non domino*, ne donnant action qu'à l'*acheteur* de bonne foi. Plus tard la jurisprudence aurait donné au second édit la même sphère d'application qu'au premier. Réfutation, — 28. Suite de la réfutation. — 29. Première raison de Lenel pour admettre deux édits : commentaire des mots : *id quod traditur*. — 30. Suite. — 31. Restitution du premier édit par Lenel. — 32. Restitution proposée. L'édit ne contenait pas les mots *a domino*, insérés par Lenel. — 33. Ni les mots *non a domino*. — 34. Justification de notre restitution. — 35. Deuxième raison de Lenel, commentaire des mots : *qui bona fide emit.* — 36. Systèmes qui les font rentrer dans l'édit. — 37. Systèmes qui les placent dans la formule. — 38. Système de Lenel qui les place dans un second édit. Explication du commentaire d'Ulpien, d'après Lenel ; réfutation. — 39. Réfutation (suite). — 40. Difficultés auxquelles on se heurte dans ce système. — 41. Désordre du commentaire d'Ulpien, invoqué par Lenel en faveur de son système. Explication. — 42. Système de Schirmer : *qui bona fide emit* forme la transition entre l'édit et la formule type : (Ei) *qui bona fide emit*, talem formulam dabo. — 43. Explication du commentaire d'Ulpien dans ce système. Résumé. Restitution adoptée. — 44. Examen de quelques objections de Lenel contre le système adopté.

CHAPITRE V.

De la fiction contenue dans la formule. — Des choses auxquelles s'applique la Publicienne. (Démembrements de la propriété prétorienne ; propriété provinciale).

45. Fiction de la formule ; on imagine que le demandeur a possédé un an (ou deux ans). L'année (ou les deux années) imaginaire s'intercale au jour de la *litiscontestatio* qui forme ainsi son point d'arrivée, L. 12, § 5, D. *h. t.* — 46. La Publicienne s'applique à toutes les choses susceptibles d'usucapion. — 47. Elle s'applique en outre aux fonds provinciaux, L. 12, § 2, D. *h. t*, avec la

fiction : *si Italici juris essent.* Elle suffit pour protéger la propriété provinciale. — 48. Elle s'applique à l'emphytéose et à la superficie, mais la formule est alors *in factum.* — 49. De même pour l'usufruit constitué par la tradition, *a domino* ou *non a domino*, L. 11, § 1, D. *h. t.* — 50. De même pour les servitudes prédiales. Diverses difficultés. — 51. Publicienne intentée comme action négatoire. — 52. Formule de la Publicienne confessoire. — 53. Et de la Publicienne négatoire. — 54. Explication de la L. 10, § 1, D. *De usurp.* 41, 3. — 54 *bis.* Résumé. La Publicienne protège la propriété prétorienne et ses démembrements prétoriens, acquis ou non *a domino.* — 55. Droits auxquels ne s'applique pas la Publicienne. Hypothèques : L. 13, § 1, D. *h. t.*; motifs. — 56. Hérédités ; motifs. — 57. Droits de famille; motifs.

CHAPITRE VI.

Cas où il n'y a pas de propriété prétorienne possible, ou choses accidentellement soustraites à l'application de la Publicienne.

SECTION I. — *Des choses volées. Le vice de furtivité s'étend-il aux produits de la chose volée et autres accessoires ? — Des res mancipi de la femme en tutelle légitime.*

58. L. 9, § 5, L. 12, § 4, D. *h. t.* — Le vice de furtivité exclut la Publicienne s'il est antérieur à l'acquisition *ex justa causa.* — 59. Résultats pratiques de cette règle. Elle a surtout de l'intérêt lorsque la Publicienne est invoquée par voie d'exception. — 59 *bis.* Résumé; point de propriété prétorienne possible sur les choses volées. — 60. Le vice de furtivité s'étend-il aux produits, etc. de la chose volée ? Position de la question. — 61. Du part de l'esclave volée. L. 48, § 5. D. *De furtis*, 47, 2. — L. 48, § 2, D. *De adq. rer. dom.* 41. 1. — L. 4, § 19. D. *De usurp.* 41, 3. Le part est furtif si la mère était enceinte lors du vol. — 62. Ou, sauf controverse, si elle a conçu chez le voleur, L. 10, § 2, D. *De usurp.* 41, 3. — 63. Rapprochement de ce texte et de la L. 11, § 2, D. *h. t.* ils faisaient partie du même passage. — 64. Résumé. — 65. Cas des matériaux joints à l'édifice infecté du vice de possession violente. — 66. Alluvion. — 67. Statue brisée. — 68. Edifice démoli. — 69. Edifice construit sur un terrain nu, L. 11, §§ 6 à 10, D. *h. t.* — 70. Le vice de furtivité s'étend dans tous les cas au résultat de la spécification de l'objet volé. L. 4, § 20, D. *De usurp*, 41, 3. — 71. Résumé. — 72. Les *res mancipi* de la femme en tutelle légitime sont insusceptibles d'usucapion. Il s'agit ici d'une imprescriptibilité réelle, absolue, et non pas restreinte au cas d'aliénation par la femme elle-même. Réfutation du système de Huschke.

SECTION II. — *Choses dont la loi prohibe l'aliénation. — Immeubles des mineurs. — Fonds dotal.*

73. L. 12, § 4, D. *h. t. Oratio Severi.* — 74. Le refus de la Publicienne ne résulte pas ici de l'imprescriptibilité des immeubles aliénés au mépris de cette disposition, car ils sont prescriptibles. — 75. Le prêteur refuse ici la Publicienne, parce que, s'il l'accordait, la prohibition d'aliénation deviendrait souvent illusoire. — 76. Fonds dotal. Selon Huschke, l'usucapion n'est interdite qu'à celui qui tient l'immeuble du mari. Réfutation. — 77. Suite. L. 16. D.

De fundo dotali, 23, 5. — 78. L'acquéreur du fonds dotal ne peut invoquer la Publicienne ni par voie d'action ni par voie d'exception, ce qui est plus important encore. — 78 *bis*. Résumé : les choses aliénées au mépris d'une prohibition légale sont insusceptibles de propriété prétorienne.

DEUXIÈME PARTIE

Acquisition de la propriété prétorienne. — Des conditions que doit réunir le demandeur pour pouvoir intenter la Publicienne. — Des exceptions du défendeur. — De la Publicienne du propriétaire et de la prétendue Publicienne rescisoire.

CHAPITRE VII.

Méthode adoptée dans cette seconde partie.

79. La propriété prétorienne et la Publicienne ont été très probablement créées pour le cas d'achat, puis étendues aux autres *justæ causæ*. — 80. Pour appliquer la méthode historique, il faut donc examiner tout d'abord le cas de l'acheteur.

CHAPITRE VIII.

De la tradition faite à l'acheteur ; il n'est pas indispensable qu'elle lui ait procuré la possession.

81. La formule exige la tradition, non la possession. — 82. Il peut arriver, en effet, dans des cas exceptionnels, qu'il y ait eu tradition, et que pourtant le demandeur n'ait pas acquis la possession de la chose livrée. Cas de tradition faite à l'esclave fugitif, L. 15, D. *h. t.* Formule de la Publicienne dans ce cas. — 83. Objection de Pellat. Réfutation. — 84. Suite : L. 11, § 2, D. *h. t.* — 85. Cas de tradition faite à l'esclave de l'hérédité jacente, ou à l'esclave d'une cité, L. 9, § 6, D. *h. t.* — 86. Résumé. Observations sur l'interprétation romaine de l'édit, tantôt littérale, tantôt large, toujours conforme à l'utilité pratique. — 86 *bis*. Moyennant l'achat et la tradition, l'acheteur de bonne foi, même *a non domino*, est un véritable propriétaire prétorien.

CHAPITRE IX.

De l'achat conditionnel.

Section I. — *Condition suspensive.*

87. L'acheteur sous condition suspensive ne peut usucaper tant que la condition n'est pas arrivée, donc il n'a pas la Publicienne et n'est pas propriétaire

prétorien. Mais, d'après Huschke, il pourrait, une fois la condition arrivée, compter pour l'usucapion le temps écoulé depuis la tradition. — 88. Réfutation. — 89. *Pendente conditione*, l'acheteur conditionnel ne peut intenter la Publicienne, faute de titre. — 90. Mais, après la condition réalisée, la Publicienne lui compéterait, même s'il avait été dépossédé avant. — Ainsi, il n'a jamais l'*in bonis* avant l'arrivée de la condition.

SECTION II. — *Condition résolutoire.*

91. L'acheteur sous condition résolutoire usucape, donc a la Publicienne tant que la vente n'est pas résolue, L. 41, pr. D. *De reiv.* 6, 1. — Jusque-là il a donc la propriété prétorienne; il la perd à ce moment. Quels sont alors les droits du vendeur ? Renvoi.

CHAPITRE X.

De la bonne foi de l'acheteur.

92. Elle consiste à ignorer le défaut de droit de son vendeur, ou à croire qu'il a le pouvoir d'aliéner, L. 109, D. *De V. S.* 50, 16. — 93. Personnes chez qui la bonne foi est exigée. Achat par les esclaves. — 94. Epoques où la bonne foi est requise : *a*) au jour de la tradition : L. 7, § 17, D. *h. t.* — 95. *b*) Elle est aussi exigée, comme pour l'usucapion, au jour de la vente. Controverses sur l'origine de cette règle. Système d'après lequel elle résulterait de la rédaction accidentelle de l'édit Publicien, et aurait passé de là dans l'usucapion (Accarias.) — 96. Réfutation. — 97. Suite. — 98. Autres objections. La règle a pris naissance dans l'usucapion, mais comment l'expliquer ? — 99. Premier système (Pellat, Peiron) : cette particularité tient à la rédaction des lois sur l'usucapion, qui visaient le cas d'une *emptio* ; *emptio* signifiait alors *acquisition* à titre onéreux : plus tard il désigna le contrat, l'*achat*. — 100. Réfutation. — 101. Autres objections: les lois anciennes sur l'usucapion ne prévoyaient pas spécialement l'*emptio*, ne parlaient ni de juste titre ni de bonne foi ; elles se bornaient à exclure les choses volées et à fixer les délais. — 102. La théorie du juste titre et de la bonne foi a été formée par la jurisprudence. — 103. Système de Huschke. La vente était à l'origine, non un contrat, mais l'acquisition d'une chose pour de l'argent ; la bonne foi exigée au moment de cet acte unique a dû être requise au moment des deux actes en lesquels cet acte unique s'est plus tard décomposé, le contrat et l'acquisition (tradition). Système de Windscheid, qui voit dans le contrat même une aliénation. — 104. Arguments de Huschke, son explication de L. 10. pr. D. *De usurp.* 41, 3 (note 27). Réfutation. D'ailleurs il est vrai de dire que la mancipation a été une vente réelle. Réfutation du système contraire (note 28). — 105. Système de Donneau, Cujas, Bernhœft : il est illicite d'acheter une chose qu'on sait n'être pas au vendeur. Réfutation. Système de Hœlder (note 30), réfutation. — 106. Système de Stintzing. La vente n'oblige à transférer la propriété, que lorsqu'au jour du contrat l'acheteur croit le vendeur propriétaire : elle ne peut donc être un juste titre d'usucapion que dans ce cas-là. Réfutation. — 107. Méthode à suivre pour découvrir, s'il est possible, la véritable explication. — 108. Les Romains expliquent eux-mêmes la nécessité de la bonne foi au

temps de la vente et en même temps la nécessité d'un achat réel (non putatif) en disant que l'acheteur n'usucape pas *pro soluto*, comme dans les autres contrats : L. 2, pr. D. *Pro emptore*, 41, 4, L. 48, D. *De usurp.* 41, 3 (Paul). — 109. La bonne foi devant être contemporaine du titre, on comprend qu'elle soit exigée lors de la vente dans le titre *pro emptore*. — 110. Mais pourquoi l'acheteur n'usucape-t-il pas *pro soluto ;* la livraison n'est-elle pas l'acquittement d'une obligation et par conséquent un paiement ? Le vendeur n'est-il pas obligé à livrer ? — 111. Explication proposée : le paiement ne peut être un juste titre (*pro soluto*) que lorsqu'il constitue *une datio*, lorsqu'il est l'acquittement d'une obligation de *dare ;* or, le vendeur n'est pas tenu à *dare*; allant plus loin on peut même dire que, primitivement, il n'était pas même *en droit*, obligé à livrer, mais que ne pas terminer loyalement l'affaire l'eût exposé *en fait* à se voir condamner par un arbitre statuant en équité, par conséquent *en dehors du droit*. A cette époque ancienne les actions de bonne foi ne rentraient pas dans la sphère du *jus* et ressemblaient bien plus à des actions *in factum*, comme celle de dol, qu'à des actions *in jus*. — 112. Mais, à l'époque classique, elles sont depuis longtemps considérées comme actions *in jus*; l'équité fait partie du *jus*, et le motif ancien que Paul donne encore par habitude n'est plus exact ; si telle a été l'intention des parties, le vendeur peut être obligé à transférer la propriété, et dans ce cas la livraison constituant l'acquittement d'une obligation de *dare*, l'acheteur devrait pouvoir usucaper *pro soluto*. — 113. Explication de la L. 10 pr. D. *De usurp.*, 41, 3. — 114. La bonne foi est encore exigée au moment où l'on reprend possession, si on l'a perdue.

CHAPITRE XI.

De l'achat putatif.

115. La nécessité d'un achat réel ne découle pas de la règle qui exige la bonne foi au temps de la vente. — 116. L'achat réel est exigé par les jurisconsultes qui proscrivent en général le titre putatif. Vicissitudes des doctrines romaines sur ce point. Rejet en principe du titre putatif en matière d'usucapion pour ne pas donner de prime à l'ignorance ou à l'imprudence. — 117. Exceptions : vente faite par un pupille cru pubère ; par un fou cru sain d'esprit : Paul admet l'usucapion, mais refuse la Publicienne : L. 2, § 16, D. *Pro empt.* 41, 4. — 118. Il s'appuie sur la lettre de l'édit. — Ulpien au contraire, invoquant l'esprit de l'édit, accorde la Publicienne : L. 7, § 2, D. *h. t.* — 119. Dans les deux textes il s'agit de refuser ou de donner la Publicienne *contre les tiers ;* contre le fou la Publicienne de l'acheteur ne réussirait jamais. Réfutation des tentatives de conciliation entre ces deux textes.

CHAPITRE XII.

Du paiement du prix.

120. L. 8, D., *h. t.* Le paiement du prix n'était pas nécessaire pour que l'acheteur eût la Publicienne. — 121. Réfutation des systèmes contraires. — 122. Le silence du Préteur ne peut autoriser Gaius à ne pas exiger le paie-

ment du prix, que si ce paiement n'était pas requis pour l'usucapion. — 123. Autrement le raisonnement de Gaius serait un contre-sens. — 124. En effet l'acheteur pouvait usucaper sans avoir payé le prix ou fourni une satisfaction équivalente. Arguments en faveur de cette opinion. — 124 *bis*. La propriété prétorienne est donc acquise à l'acheteur, même avant le paiement du prix, mais ce droit présente ici un caractère relatif très remarquable, en ce qu'il n'est pas opposable au vendeur ou à ses ayants-cause.

CHAPITRE XIII.

De la tradition en général. — Tradition sans possession acquise. — Possession acquise sans tradition. — La tradition ou la prise de possession sans vices est toujours exigée.

125. L'hypothèse *normale* prévue par l'Edit de Salvius Julien est celle où il y a eu tradition, et où cette tradition a fait acquérir la possession. — 126. *a*) Mais la lettre de l'Edit permet de donner la Publicienne dans des cas où il y a eu tradition, mais non acquisition de *possession*: trois séries de cas. — 127. *b*) Et l'esprit de l'Edit permet de donner notre action dans des cas où l'on a acquis la possession juridique, bien qu'il n'y ait pas eu de tradition : cas de *ductio noxalis*, de *missio in possessionem ex secundo decreto damni infecti nomine*, cas où le légataire *per vindicationem* s'est mis en possession de la chose léguée. — 128. Le légataire *per vindicationem*, ou plus généralement l'acquéreur en vertu d'une cause qui transfère par elle-même la propriété, peut-il intenter la Publicienne avant d'avoir reçu tradition ? *Négative*. Preuves tirées du but de la Publicienne, des textes : L. 13, pr., L. 12, § 7, D. *h. t.* — 129. Doctrines qui admettent l'*affirmative* : système de Huschke, restrictions que cet auteur apporte à la solution affirmative de la question posée au n° 128. Réfutation. — 130. Autres systèmes en faveur de l'affirmative; dans la L. 1, § 2, D. *h. t.*, Ulpien reprocherait au prêteur de n'avoir mentionné que le cas de tradition, alors que la Publicienne doit aussi compéter à celui qui a reçu mancipation, cession *in jure*, etc. ; réfutation. Interprétation de Lenel ; réfutation. — 131. Interprétation adoptée (Schirmer) : Il y a des cas, autres que celui de tradition, où l'on usucaperait si l'on possédait assez longtemps. Enumération de ces cas. — 132. Autres textes invoqués par les partisans de l'affirmative : L. 7, pr. D. *h. t.* Réfutation. — 133 Suite. L. 12, § 1. *h. t.* La Publicienne que ce texte attribue au fidéicommissaire recueillant l'hérédité en vertu du Trébellien, sans que ce fidéicommissaire ait besoin de prendre possession, c'est la Publicienne du défunt. Si au contraire le fidéicommissaire recueillait en vertu du Pégasien, la Publicienne ne lui compéterait qu'après la prise de possession. — Réfutation des autres systèmes. — 134. Enfin les partisans de l'affirmative invoquent encore L. 11, § 2, *h. t.* Mais ce texte s'explique par l'extension aux produits d'une chose, de la tradition *ex justa causa* dont cette chose a été l'objet. Renvoi au chapitre suivant. — 135. Résumé. Le Préteur exige la tradition, ou tout au moins la prise de possession sans vices, même dans le cas où le *modus adquirendi* peut transférer la propriété sans que l'on acquière la possession. Un fait matériel est donc toujours nécessaire, mais on n'exige pas toujours qu'il ait procuré la possession juridique. La Publicienne est ainsi

adaptée avec une merveilleuse précision, sans insuffisance et sans excès, a son but, la protection du propriétaire de fait, qui n'est autre que le propriétaire prétorien.

CHAPITRE XIV.

Extension de la tradition ex justa causa, ou plus généralement de la justa causa usucapionis, aux produits et aux parties détachées de la chose qui a été l'objet de cette tradition.

SECTION I. — *Examen de la question au point de vue de l'usucapion.*

136. L'enfant de l'*ancilla*, né depuis l'usucapion de la mère, appartient au nouveau propriétaire. — 137. L'enfant né avant pourra être usucapé spécialement, si on le possède pendant le temps requis. — 138. A) Si rien ne s'opposait à l'usucapion de la mère, le droit qu'on avait de l'usucaper s'étend à l'enfant, sans qu'il soit besoin de juste titre nouveau, ou de bonne foi quant à l'enfant. Même solution pour les matériaux provenant de la démolition d'un édifice. L. 44, § 2, *De usurp.*, 41, 3. Usucapion d'un esclave interrompue par sa captivité, et reprenant sans conditions nouvelles à son retour. — 139. B) Si la mère est furtive, la solution précédente ne peut plus être donnée, mais le juste titre qu'on avait quant à la mère s'étend à l'enfant, ainsi que la tradition que l'on a reçue quant à la mère. — 140. Mais pour cela il faut qu'au moment de la conception de l'enfant, les *effets* de la tradition *ex justa causa*, c'est-à-dire la possession et la bonne foi, subsistent chez l'acquéreur. C'est seulement la persistance de ces effets de la tradition *ex justa causa* qui permet de la considérer comme subsistant encore et de l'appliquer à l'enfant. Autrement le lien est rompu. — 141. Il faut de plus que la bonne foi subsiste au moment où l'on acquiert la possession de l'enfant, c'est-à-dire en général au moment de sa naissance, parce que pour l'usucapion un *justum initium possessionis* est toujours nécessaire.

SECTION II. — *Examen de la question au point de vue de la Publicienne.*

142. Quand le produit est furtif, point de Publicienne, sinon distinction. — 143. *A*) Si la mère est furtive, l'enfant pourra être réclamé par la Publicienne, si le demandeur possédait encore de bonne foi la mère au jour de la conception, et s'il était de bonne foi lors de la naissance, car dans ces conditions il aurait usucapé l'enfant, s'il l'avait possédé un an. Formule de l'action en ce cas. — 144. De là résulte que la Publicienne peut compéter alors même qu'on a perdu la possession de l'*ancilla* avant la naissance de l'enfant : ici l'on rencontre encore un cas où la tradition, suffisante pour la Publicienne, n'a pas fait acquérir la possession. — 145. Justification rationnelle de cette extension du titre et de la tradition. — 146. Elle explique très naturellement la L. 11, § 5, *h. t.* — 147. *B*) Si la mère n'était pas furtive, j'aurais la Publicienne pour l'enfant, alors même que la conception de l'enfant serait postérieure à la perte de possession de la mère. — 148. Examen de cinq autres cas d'extension de la tradition *ex justa causa* à des choses autres que celle qui en a été l'objet ; essai de restitution des formules. Autres cas, renvoi. — 148 *bis*. Résumé : à

quelles conditions peut-on se dire propriétaire prétorien de la chose accessoire, soit quand on est propriétaire prétorien de la chose principale, soit quand on aurait la propriété prétorienne de cette chose principale, si elle n'était pas infectée d'un vice qui la rend insusceptible de cette propriété ?

CHAPITRE XV.

De la justa causa et de la bonne foi en général. Des différentes justæ causæ en particulier.

Section I. — *Historique et théorie générale de la justa causa en matière d'usucapion. Application de ces idées à la Publicienne.*

149. — Identité de la *justa causa* de la Publicienne et de la *justa causa* de l'usucapion. Rapports entre l'usucapion et la propriété prétorienne. — 150. Difficultés de cette matière, dues en grande partie à la subtilité des commentateurs. — 151. La doctrine romaine est au fond très simple et très pratique. Il est facile de dégager le plan primitif des retouches jurisprudentielles qui n'en altèrent pas les grandes lignes : se plaçant à un point de vue d'équité et de bon sens, les Romains se demandent *dans chaque cas*, s'il est juste que le possesseur usucape. — 152. Toute la théorie de la *justa causa usucapionis* est renfermée dans la prohibition d'usucaper les choses volées. S'il n'y a pas vol, l'usucapion se produira. Or il n'y a pas vol dans deux séries de cas. —153. *A)* Lorsque les circonstances excluent l'idée de vol ; alors la jurisprudence a établi une présomption légale de non culpabilité ; il n'y a pas lieu par conséquent de scruter les intentions du possesseur. — 154. Exemples : *a)* usucapion *pro herede*, développement. — 155. *b)* *usureceptio fiduciæ causa*, deux cas ; *usureceptio ex prædiatura*. — 156. c) Mari qui *acquiert usu* la *manus* sur sa femme. — 157. *d)* Il n'y a pas non plus de vol possible lorsque l'on possède par autorité de justice : *missio in possessionem ex secundo decreto damni infecti nomine ; ductio noxalis*. — 158. *e)* Ni dans le cas de l'abandon noxal reçu d'un possesseur que l'on sait n'être pas propriétaire de l'esclave. — 159. *B)* Cas où l'idée du vol n'est pas exclue par une sorte de présomption légale. Il y a donc lieu de rechercher si la prise de possession a eu lieu de bonne foi, autrement il y aurait vol, même pour les immeubles dans l'ancien droit. — 160. Or, la bonne foi ne peut se supposer un seul instant chez un individu qui ne peut préciser de quelle manière honnête il s'est procuré la chose. De là l'exigence du juste titre. — 161. Cette double exigence fut maintenue, la jurisprudence étant fixée sur ce point, même après qu'on eût déclaré les immeubles insusceptibles de vol. — 162. Le titre n'a donc été requis originairement que comme justification de la bonne foi ; aussi anciennement le titre putatif suffisait-il. Plus tard réaction pour ne pas donner de prime à l'ineptie ou à l'imprudence. — 163. En faisant abstraction de quelques légères retouches jurisprudentielles, la *justa causa* est l'ensemble des circonstances qui excluent l'idée de vol, soit absolument, soit en ce qu'elles impliquent chez un possesseur déterminé l'absence d'intention frauduleuse. — 164. La *justa causa* ne peut jamais consister dans la tradition, la mancipation, la cession *in jure*, *isolées* des motifs qui les ont déterminées ; il n'y a pas de titre *pro tradito*, etc, — Le *legs per vindic.* au contraire est une *justa causa* parce que l'acte translatif révèle par lui-même son motif (libéralité posthume). — 165. La bonne

foi, lorsqu'elle est requise, est inséparable du juste titre; l'analyse de la *justa causa* en deux éléments : juste titre et bonne foi, due plutôt aux commentateurs qu'aux *Prudents*, fausse en théorie, remplace en pratique l'équité, qui doit être ici la seule règle, par des subtilités sans base rationnelle et souvent contraires à l'équité. — 166. Applications de ces idées à la Publicienne.

SECTION II. — *Litis æstimatio et échange.*

167. *Litis æstimatio*; diverses difficultés. — Cas où le défendeur s'est offert au procès. — 168. Il a perdu la possession par sa faute. — 169. Il l'a perdue par son dol. — 170. Il refuse de restituer. — 171. Cas d'échange.

SECTION III. — *Titre pro soluto.*

172. C'est à ce titre qu'on usucape en cas de legs *per damnationem*; le titre est donc réel et non putatif, même si le legs n'existait pas.

SECTION IV. — *Noxæ deditio.*

173. Peu importe que l'esclave abandonné *noxaliter* fût coupable ou non, si l'*accipiens* l'a cru tel; il n'est pas nécessaire non plus de croire que l'auteur de l'abandon est propriétaire. — 174. *Ductio noxalis; missio in possessionem ex secundo decreto.*

SECTION V. — *Pro legato.*

175. L'usucapion a lieu à ce titre dans le cas de legs *per vindicationem*, valable ou non, mais existant en fait.

SECTION VI. — *Donation à cause de mort.*

176. L. 2, D. *h. t.* — 1er système. Le donataire à cause de mort qui prend possession après la mort du donateur, a la Publicienne, comme le légataire *per vindicationem*. Ce système est exact pour l'époque de Justinien, qui a assimilé ces donations aux legs. — Objection, réfutation. Sous Justinien, la volonté de donner *mortis causa* non accompagnée de tradition, vaudrait fidéicommis et transférerait la propriété, pourvu qu'elle fût exprimée devant cinq témoins ou que l'acte fût insinué. — 177. 2e système. La donation à cause de mort n'est pas, par elle-même, un mode d'acquérir. Ce système est exact pour l'époque classique. — Les mots « *quia ad exemplum legatorum capiuntur* » de la L. 2, D., *h. t.* sont une interpolation. — 178. 3e système (Savigny). Paul aurait prévu le cas où la donation *mortis causa* a été réalisée par le donateur au moyen d'une mancipation, et où le donataire prend possession après la mort du donateur. Réfutation. — 179. 4e système (Hasse, etc.) Le texte viserait l'hypothèse d'une donation réalisée par une tradition faite sous condition suspensive. Réfutation. — 180 5e système (Glasson). La donation *m. c.* aurait été dans l'opinion de Paul et de quelques autres jurisconsultes, *un modus adquirendi*, opinion que Justinien n'aurait d'ailleurs pas consacrée. Réfutation.

SECTION VII. — *Donation entre vifs.*

181. Explication de la L. 11, § 3, D., *h. t.* — Pour que le donataire de l'esclave volée puisse intenter la Publicienne à raison du part conçu et né chez lui,

il faut qu'il soit encore de bonne foi au jour de la *litis contestatio*. — 182. Cela tient à ce que dans le cas d'usucapion au titre *pro donato* on exigeait la bonne foi pendant toute la durée de l'usucapion. En matière de Publicienne la bonne foi est donc requise au moment où se termine l'année imaginaire de possession, c'est-à-dire au jour de la *litis cont.*, car c'est à cet instant que s'intercale l'année fictive. — Autres particularités du titre *pro donato*. — Autres explications de la L. 11, § 3, *h. t.* — 183. Pourquoi, dans le cas prévu par ce texte, Ulpien suppose-t-il que le donataire intente la Publicienne et non pas la revendication à laquelle il eut dû, semble-t-il, recourir, puisque par hypothèse il est encore de bonne foi et se croit propriétaire? — 184. Du titre putatif *pro donato*.

Section VIII. — *Titre pro adjudicato.*

185. Renvoi au n° 132.

Section IX. — *Titres pro dote et pro judicato.*

186. L. 3, § 1, *h. t.* Cas dans lesquels le mari usucape et a la Publicienne au titre *pro dote*. Du titre putatif. — 187. Titre *pro judicato*. — Système de Pellat : le titre *pro judicato* s'applique au cas où le défendeur restitue sur l'*arbitrium* du juge dans une action *personnelle arbitraire*, ou donne un objet au lieu et place de la condamnation pécuniaire qu'il a encourue. — Réfutation. Dans ces cas l'usucapion a lieu au titre *pro soluto*. — 188. Système adopté : dans une action réelle, revendication ou Publicienne, la restitution en vertu de l'*arbitrium* du juge fournit un juste titre au demandeur, qui peut-être n'avait auparavant qu'un titre putatif, ou ne peut plus fournir la preuve de son titre originaire; développement et preuve. — 189. Autre argument : L. 33, § 3, D. *De usurp.*, 41, 3. Cas d'abandon fait *solvendi causa*, sur la menace d'une action personnelle : usucapion au titre *pro soluto*. Si l'action imminente avait été réelle, l'abandon donnerait lieu à l'usucapion au titre *pro suo*. — 190. Faiblesse des autres explications de ce texte. — 191. Les objections faites au système ici adopté reposent sur une confusion entre la *justa causa traditionis* et la *justa causa usucapionis*. — 192. Système de M. Accarias : deux hypothèses. Réfutation. Systèmes de von Vangerow (rétracté); de Arndts, de Windscheid. Réfutation. — 193. Parfois il sera plus avantageux d'invoquer l'ancien titre, si on peut le prouver ; parfois il vaudra mieux s'en tenir au titre *pro judicato*. — Accession de possession dans ce cas.

Section X. — *Pro transactione.*

194. La transaction constitue un juste titre même pour l'objet litigieux ; c'est là un titre subsidiaire pour le cas où le titre que l'on croit avoir ferait défaut.

Section XI. — *Pro jurejurando.*

195. Quelle est l'action donnée, sous le nom de Publicienne, par la L. 7, § 7, D. *h. t.* et sous le nom d'action *in factum* par la L. 11, § 1, D. *De jurejurando*, 12, 2, à celui qui, sur la délation de son adversaire, a juré *fundum suum esse*? 1er Système : c'est l'action personnelle *de jurejurando*. — 196. Selon nous, c'est l'action même que l'on allait intenter ou que l'on avait intentée, c'est-à-dire la revendication ou la Publicienne, actions réelles, dont la for-

mule sera ici rédigée *in factum*. — 197. Restitutions proposées pour les formules de ces deux actions *in factum*: revendication et Publicienne *de jurejurando*. Pourquoi Ulpien, L. 7, § 7, *h. t.*, ne parle-t-il que de la Publicienne? Explication. — 198. Ces actions ne sont données que contre celui qui a déféré le serment et ses ayants-cause; pourquoi? — D'ailleurs le serment n'est pas un juste titre d'usucapion. — 199. Explication de la L. 13, § 1, D., *De jurejurando*, 12, 2. — 199 *bis*. Caractère éminemment relatif de la propriété prétorienne du jureur.

Section XII. — *Du titre pro herede.*

200. Pourquoi celui qui usucape *pro herede* n'a-t-il pas la Publicienne s'il perd la possession avant l'achèvement de l'usucapion? 1° Cas de l'héritier apparent. Utilité que cette action aurait même pour l'héritier véritable. — 201. 2° Cas de l'héritier véritable qui usucape *pro herede* des choses qu'il croit héréditaires et que le défunt ne possédait pas. — Le motif du refus de la Publicienne consiste en ce qu'ici il n'y a ni tradition ni acte équipollent; l'idée même d'une tradition possible est exclue, car il ne peut y avoir de *tradens*. Or, le texte de l'Edit exige la tradition. — 202. 3° S'il s'agit de choses que le défunt possédait, l'héritier aura la Publicienne si le défunt l'avait.

Section XIII. — *Du titre pro suo.*

203. Cas où le titre *pro suo* forme un titre particulier: occupation, *datio dotis* avant le mariage, cas de titre imaginaire, etc.

Section XIV. — *Du cas où l'on perd la possession d'une chose que l'on était en train d'usucaper, et où l'on recouvre ensuite la possession de cette chose.*

204. — A quel titre usucape-t-on alors? Distinctions. — 205. On recommence alors, si l'on est de bonne foi, une nouvelle usucapion, mais l'on peut parfois profiter de la possession du possesseur intermédiaire, parfois même relier cette dernière à sa propre possession antérieure, en sorte qu'il n'y aura eu aucune interruption. — 206. Mais, si l'on n'est plus de bonne foi, on ne peut plus usucaper. — 207. *Quid* du cas où l'on reprendrait la possession par le moyen de l'interdit *uti possidetis*? Cet interdit peut en effet faire recouvrer parfois une possession perdue. Discussion de cette question préliminaire. — 208. C'est seulement au point de vue de l'interdit *uti possidetis*, et vis-à-vis de l'expulseur, que l'expulsé est censé posséder encore. Mais au point de vue de l'usucapion, rien ne peut faire que sa possession n'ait pas été interrompue. — Discussion. — 209. Si le possesseur *in via usucapiendi*, et ayant par conséquent la Publicienne, perd la possession et la recouvre, même par cette action, alors que sa bonne foi a cessé, il ne peut plus, en cas de nouvelle dépossession, intenter la Publicienne. Réfutation du système de Pellat. — Explication de la L. 39, § 1, D., *De evict.*, 21, 2. — 210. Indemnités qu'il peut alors réclamer à celui qui, en le dépossédant, lui a ainsi fait perdre ses chances d'usucapion.

FIN DU TOME I

TOME II

CHAPITRE XVI

De l'exception justi dominii.

211. Diverses formules de cette exception. Le propriétaire quiritaire doit nécessairement l'opposer sous peine de succomber. — 212. Cette exception figurait-elle dans l'édit? — 213. Elle était donnée *cognita causa*, L. 57, D. *Mandati*, 17, 1; parfois le préteur refusait de l'insérer, et alors le juge n'en pouvait tenir aucun compte. Ce résultat persista, même après qu'on eut admis que les exceptions péremptoires pouvaient être invoquées en tout état de cause. — 214. Ce refus de l'exception *justi dominii* a peut-être autrefois servi à faire triompher le propriétaire bonitaire contre l'aliénateur resté *dominus ex j. q.* Plus tard le même résultat fut obtenu par des répliques, et le refus de l'exception se restreignit au cas où aucune réplique usitée n'aurait pu servir au demandeur, comme dans le cas où le défendeur avait usucapé, et où pourtant l'équité militait en faveur du demandeur. — 215. Dans ce cas le refus de l'exception fait produire à la Publicienne ordinaire un effet rescisoire de l'usucapion. — Mais le préteur ne la donne dans ces conditions que pendant une année utile ; passé ce délai il insérera toujours notre exception, ou tout au moins l'*annalis exceptio*. — 216. La Publicienne avec refus de l'exception *justi dominii* est bien plus avantageuse que la revendication fictice rescisoire, que le préteur aurait pu donner aussi à celui dont le bien a été usucapé. Diverses observations. Dans quels cas la propriété prétorienne constitue-t-elle un droit absolu ou relatif ?

CHAPITRE XVII.

De l'exception d'une Publicienne égale.

217. — Première question : Si le défendeur, acquéreur de bonne foi, a aussi droit à la Publicienne, le préteur le protègera en lui donnant une exception qui n'est autre que l'exception *justi dominii* à laquelle on ajoutera ici la fiction d'usucapion renfermée dans la Publicienne. — 218. Même solution pour le propriétaire bonitaire.— 219. Deuxième question : A qui le préteur donnera-t-il gain de cause ? 1° Si l'une des parties a acquis *a domino* : défenderesse, elle triomphera par l'exception d'une Publicienne égale ; demanderesse elle aura une réplique contre cette même exception. — 220. 2° Si les deux parties

ont acquis *a non domino*, suivant Ulpien et Julien le défendeur l'emporterait si les deux parties ont acquis d'aliénateurs différents, autrement l'avantage est à celui qui a reçu le premier tradition (L. 9, § 4, D. *h. t.)*. Nératius donnait dans tous les cas la victoire à l'acquéreur premier en date (L. 31, § 2, D., *De act. empti*, 19, 1). — 221. Justification de la première opinion. Lorsque les deux parties tiennent la chose du même vendeur, le premier en date a contre le second l'exception (ou la réplique) *rei venditæ et traditæ*, qui se donne contre les ayants-cause du vendeur. Autres motifs. — 222. Explication de l'opinion de Nératius : elle a sa source dans les règles des anciennes *vindiciæ* dont la Publicienne découle. Développement. — 223. Examen et réfutation des conciliations proposées entre ces deux textes : Système de Savigny. — 224. Système de von Vangerow. — 225. Système de Huschke. Systèmes de Gimmerthal et de Nissen.

CHAPITRE XVIII.

De la Publicienne du propriétaire quiritaire. — La propriété civile s'éclipse peu à peu devant la propriété prétorienne, et la revendication est absorbée par la Publicienne. — Cette idée explique quelques doctrines d'Ulpien. — De l'expression actio in rem *employée comme synonyme de Publicienne.*

226. On peut. après avoir échoué sur la revendication. intenter la Publicienne. — Réciproquement, on peut intenter la revendication après avoir échoué sur la Publicienne, pourvu qu'on n'appuie pas sa propriété sur un mode d'acquisition reposant sur la possession. — 227. On pouvait aussi intenter à la fois la revendication et la Publicienne, celle-ci subsidiairement à celle-là. Ce procédé, bien plus avantageux que l'exercice successif des deux actions, devait être fréquent à l'époque classique, et s'impose sous la procédure extraordinaire. — 228. En outre, toutes les fois que le propriétaire remplissait les conditions de la Publicienne, c'est-à-dire presque toujours, il était beaucoup plus avantageux pour lui d'intenter la Publicienne que la revendication, et il n'y avait aucun inconvénient. Par suite, l'action *in rem* par excellence du droit romain classique, l'action de beaucoup la plus usitée en pratique, c'était la Publicienne et non la revendication. — 229. Le remplacement usuel de la revendication par la Publicienne explique certaines doctrines d'Ulpien. — 230. Par suite de cette substitution, l'action que les textes désignent par l'expression *in rem actio*, sans autre indication, est presque toujours la Publicienne. Commentaire de six textes invoqués à l'appui de cette idée. Autres arguments. *A fortiori* les mots *utilis in rem actio*, *utilis vindicatio*, désignent-ils souvent la Publicienne.

CHAPITRE XIX.

De la prétendue Publicienne rescisoire.

231. 1° Système de M. Cuq : L'action rescisoire de l'usucapion découle indirectement de l'Édit Publicien. Cet Édit accordait une exception à celui dont le bien avait été usucapé par un absent, et qui avait réussi à reprendre possession de la chose. Plus tard, dans son Édit sur la restitution des majeurs,

le préteur, allant plus loin, accorda une action. Dans le § 3, Inst. IV, 6, il faut maintenir la leçon « *possessor* ». — Réfutation de ce système. — 232. Selon nous, le mot *possessor* est dû à une erreur de copiste, que la tournure de la phrase devait presque fatalement provoquer; il faut lire *petitor*. — 233. 2° Système de Huschke : L'action indiquée dans le § 5, Inst. IV, 6, était une action spéciale inventée par le préteur Publicius en même temps et par le même Edit que la Publicienne ordinaire. Développements et réfutation. — 234. 3° Système de M. Accarias : L'action dont parlent les Institutes est donnée par le préteur après qu'il a prononcé en principe la restitution en entier. Cette action peut être la revendication ou la Publicienne; dans tous les cas elle contient une fiction rescisoire de l'usucapion du défendeur. Diverses observations. — 235. 4° Système de Lenel. Il s'agit d'une revendication rescisoire. — 236. 5° Système de Savigny et de Pellat. Il existe une revendication rescisoire, mais non une Publicienne rescisoire. La Publicienne ordinaire rescinde l'usucapion quand on refuse au défendeur l'exception *justi dominii*. — 237. 6° Système de Schulin; il nie la revendication rescisoire, et la possibilité de refuser l'exception *justi dominii*, mais il admet contre cette exception une réplique rescisoire de l'usucapion; la Publicienne ordinaire devient alors rescisoire. — 238. Résumé et conclusions : Il y a une revendication rescisoire de l'usucapion, elle ne s'appelle pas Publicienne. La Publicienne ordinaire rescinde l'usucapion lorsque le préteur refuse l'exception *justi dominii* ou insère une réplique rescisoire. — 239. *Quid* si le défendeur, sans invoquer l'usucapion, opposait l'exception d'une Publicienne égale?

TROISIÈME PARTIE.

Survie de la propriété prétorienne a la propriété civile. — De la Publicienne de l'ancien propriétaire quiritaire en cas de perte involontaire de la propriété. — En cas d'aliénation volontaire sous condition résolutoire. — Caractère temporaire que présente la propriété prétorienne de l'acquéreur dans ce cas. — De la condition résolutoire dans les transferts de propriété en général, et en particulier dans les cas de donation et de vente. — De la revendication et de la publicienne en droit français.

TITRE I.

Publicienne de l'ancien propriétaire en cas de perte involontaire de la propriété, ou d'aliénation extorquée par violence. — En principe, la propriété prétorienne survit, dans ces cas, a la perte de la propriété civile.

CHAPITRE XX.

L'action publicienne ne cesse pas nécessairement de compéter à celui qui en a réuni les conditions, bien qu'il se soit produit des faits qui auraient entraîné

pour lui la perte de la propriété civile, et par conséquent la perte de la revendication, s'il eût été propriétaire quiritaire. — Application de cette idée au cas où la propriété a été perdue par suite d'une usucapion accomplie par un tiers. Ce dernier est forcé, dans ce cas, d'invoquer pour sa défense l'exception iusti dominii.

240. Introduction. — 241. La L. 57, D., *Mandati*, 17, 1, prouve, à n'en pas douter, que la Publicienne reste recevable, même si la chose a été usucapée par le défendeur. — 242. Objection : il semble pourtant que la Publicienne soit ici irrecevable *de plano*, puisqu'en supposant même, suivant la fiction de la formule, que le demandeur a usucapé, cela ne mène pas à le considérer comme *actuellement* propriétaire, si un autre a usucapé après lui. — 243. Réfutation. L'année imaginaire de possession, que suppose la formule, aboutit au jour même de la litiscontestation, et par conséquent c'est le demandeur qui est censé avoir usucapé le dernier; c'est donc lui que le juge considérera comme actuellement propriétaire. — 244. Cette solution doit-elle être généralisée et appliquée à tous les cas de perte involontaire de la propriété?

CHAPITRE XXI.

Autres cas où la Publicienne compète, et où par conséquent la propriété prétorienne n'est pas perdue, malgré l'acquisition de la propriété quiritaire par un tiers et par conséquent la perte de la revendication pour le demandeur. — Divers cas de perte involontaire de la propriété. — SECTION I. *Tableau peint sur le bois d'autrui.* — SECTION II. *Arbre planté sur le terrain d'autrui.* — SECTION III. *Spécification.* — SECTION IV. *Observations générales sur ces trois cas.*

SECTION I. — *Cas du tableau peint sur le bois d'autrui.*

245. L. 9, § 2. D. *De adq. rer. dom.*, 41, 1. Action utile donnée au propriétaire de la planche contre le peintre. — 246. Cette action est réelle, c'est une revendication fictice. — 247. Elle n'est autre que la Publicienne ; elle se heurte à l'exception *justi dominii* opposée par le peintre, qui est devenu propriétaire *lege*. — 248. Le jeu des actions et des exceptions explique alors très naturellement les solutions des textes, soit que le propriétaire de la planche intente la Publicienne, soit que le peintre intente la revendication, s'il ne possède pas. — Conséquences de ce qui précède, en ce qui touche la propriété prétorienne.

SECTION II. — *Cas de l'arbre planté dans le terrain d'autrui.*

249. Textes relatifs à ce cas, règles qu'ils consacrent. — 250. L'action utile donnée à l'ancien propriétaire de l'arbre ne peut être que la Publicienne. — 251. Le propriétaire du terrain oppose l'exception *justi dominii* et doit offrir la valeur de l'arbre, sans quoi son exception serait brisée par une réplique de dol. — 252. La Publicienne est recevable ici, quoique l'arbre nourri des sucs du terrain d'autrui soit un objet nouveau, parce que la Publicienne que l'on

a pour un objet s'étend aux transformations de cet objet (*supra* Chap. XIV); par conséquent la propriété prétorienne survit ici à la propriété civile, tant que le propriétaire n'est pas indemnisé.

Section III. — *Cas de spécification.*

253. Rappel des règles de ce sujet. — 254. L. 29, L. 30, D. *De don. inter*, 24, 1. L'action utile accordée au mari qui a donné (donation nulle) à sa femme de la laine dont celle-ci a fait des vêtements, ne peut être que la Publicienne. — 255. Elle se justifie par les motifs indiqués au n° 252 et au Chap. XIV : extension de la Publicienne aux transformations de la chose. Autrement dit, la propriété prétorienne ne se perd point nécessairement par la transformation de l'objet.

Section IV. — *Observations générales sur ces trois cas.*

256. Parmi les nombreux cas d'accession, les trois précédents sont les seuls où la Publicienne puisse servir à indemniser celui à qui l'accession a porté préjudice. Examen des cas d'alluvion, de construction avec les matériaux d'autrui, de *ferruminatio*, d'écriture sur le parchemin d'autrui. — 257. Avantages, au point de vue du droit de préférence, de la Publicienne donnée dans les trois cas en question, sur l'action *in factum* donnée dans d'autres cas.

CHAPITRE XXII.

Publicienne de l'ancien propriétaire en cas d'aliénation extorquée par violence. — Le violenté reste propriétaire prétorien.

258. Les actes extorqués par violence sont valables *jure civili*, mais le préteur les annule. — 259. L'aliénateur a, en vertu de l'Édit, une *actio in rem*. Textes. — 260. Cette action ne peut être que la Publicienne, puisque les textes nous disent que l'aliénateur conserve l'*in bonis*. — L'aliénateur reste donc propriétaire prétorien. — 261. Autres systèmes. Réfutation. — 262. D'ailleurs l'aliénateur remplit encore les conditions de la Publicienne, car une aliénation extorquée par violence ne saurait équitablement être considérée comme une renonciation à son juste titre, les questions de juste titre étant des questions d'équité. — 263. L'exception *justi dominii* du défendeur, même si c'est un tiers sous-acquéreur, sera brisée par la réplique *metus*. — 264. Avantages de la Publicienne sur l'action *quod metus causa*.

TITRE II.

Condition résolutoire en matière de propriété, particulièrement dans les donations. — Caractère temporaire que présente alors la propriété prétorienne du donataire sous condition résolutoire. — Publicienne du donateur a qui cette propriété prétorienne revient par l'effet de la condition résolutoire. — Caractère relatif de cette propriété du donateur.

CHAPITRE XXIII.

Section I. — *Aperçu des différents systèmes sur l'effet de la condition résolutoire en matière de propriété.*

265. Connexité entre la théorie de la Publicienne et celle de la condition résolutoire en matière de propriété; les textes les plus difficiles de cette matière s'expliquent par le jeu des actions et des exceptions. — 266. Trois groupes de systèmes sur la condition résolutoire en matière de propriété : *Premier système* : La condition résolutoire dans les transferts de propriété n'engendre à la charge de l'acquéreur qu'une obligation de retransfert. — 267. En effet, la condition résolutoire n'est qu'une *convention* résolutoire sous condition suspensive, jointe à un acte de transfert pur et simple : or, les conventions ne transfèrent pas la propriété. — 268. On ne peut pas dire que l'on a transmis un droit limité dans sa durée, le droit de propriété étant perpétuel de son essence, et la liste des droits réels étant limitée. Développement. — 269. Arguments d'équité, intérêt des tiers. — 270. Ce système, irréprochable au point de vue du raisonnement, se heurte à certains textes. Faiblesse des explications qu'il en donne. — 271. *Second système* : A toute époque du droit romain la propriété revient de plein droit à l'aliénateur sous condition résolutoire. On excepte le cas où les parties n'ont voulu créer qu'une obligation de retransfert, et l'on aboutit ainsi à la vieille distinction entre « *verba directa* » et « *verba obliqua* » qui ne soutient pas l'épreuve des textes. On se divise d'ailleurs quand il s'agit d'expliquer le retour de la propriété : — 272. A. Système qui confond la condition résolutoire avec la condition suspensive, en disant que les parties n'ont pas voulu transférer la propriété dans le cas où la condition résolutoire se réaliserait. Réfutation. — 273. B. Système d'après lequel l'aliénateur ne transférerait à l'acquéreur qu'une portion de son droit de propriété, celle qui va depuis le jour de l'aliénation jusqu'à l'arrivée de la condition. Réfutation. — 274. C. Système d'après lequel la *justa causa*, par ex. la vente, limite les effets de la tradition. — 274 *bis*. Réfutation : d'abord, quand cela serait vrai, on ne saurait créer par là une propriété temporaire que la loi ne reconnaît pas. Développement. D'ailleurs il n'est pas exact de dire que la *justa causa* qui précède la tradition en limite les effets. Diverses observations. — 275. D. Système qui s'appuie sur le principe : « *In traditionibus rerum, quodcumque pactum est, id valere* » L. 48. D. *De pactis*, 2,14. Réfutation — 276. E. Système de la *lex rei suæ dicta*. Réfutation. — 277. *Troisième système* : distinction historique : le retour de plein droit de la propriété, d'abord admis par quelques jurisconsultes, puis repoussé par les empereurs, prévalut enfin sous Justinien. — Diverses objections, renvoi. — 278. Le premier système est exact, mais les principes de la Publicienne peuvent seuls expliquer les textes qu'on lui oppose d'ordinaire.

Section II. — *De la Publicienne de l'ancien propriétaire, en cas d'aliénation volontaire sous condition résolutoire.*

279. D'après le système de Schulin, la Publicienne n'est pas perdue de plein droit lorsque le possesseur publicien aliène volontairement la chose, elle

peut seulement se heurter à une exception, qui elle-même sera dans certains cas brisée par une réplique, notamment lorsque l'aliénation a été faite sous condition résolutoire. Texte invoqué : L. 12 pr. D. *h. t.* — Commentaire de ce texte. — 280. Selon Schulin, dans le cas de ce texte, la femme divorcée a la Publicienne *après le divorce, en vertu de la donation* que lui avait faite son fiancé, et malgré qu'elle ait aliéné l'esclave donné, en le constituant en dot. — Suivant Huschke au contraire, la femme a la Publicienne au titre *pro soluto* en vertu de la restitution faite par le mari après le divorce. Discussion. — 281. Ce texte prévoit réellement le cas où la fiancée donataire intente la Publicienne *avant d'avoir aliéné l'objet en le constituant en dot*, il ne prouve donc rien en faveur du système de Schulin. — 282. Objections que soulève ce système. La Publicienne de celui qui a volontairement aliéné est, en principe, irrecevable de plein droit, parce qu'en aliénant il a volontairement renoncé au titre en vertu duquel il possédait; il ne peut plus se trouver *in via usucapiendi* avant d'avoir acquis un nouveau titre. — 283. Mais, dans l'aliénation sous condition résolutoire, cette renonciation se trouvant rétroactivement annulée par l'arrivée de la condition, l'aliénateur recouvre de plein droit son juste titre et la Publicienne. Ainsi modifié, le système de Schulin échappe aux objections qui lui ont été faites.

CHAPITRE XXIV.

Publicienne de l'ancien propriétaire en matière de donations. — De la règle : « proprietas ad tempus transferri nequit. »

SECTION I. — *Publicienne du donateur à cause de mort sous condition résolutoire. L. 29, L. 30, D. De mortis causa donationibus, 39, 6.*

284. L. 29, D. 39, 6. — 285. Si la donation est faite sous condition suspensive, par mancipation ou tradition, le donateur a jusqu'à sa mort la revendication; après lui c'est le donataire. — 286. Si la donation est faite sous condition résolutoire, Ulpien donne une *actio in rem* au donataire jusqu'à la résolution; après la résolution il donne cette *actio in rem* au donateur. — 287. Cette *actio in rem*, c'est la Publicienne; preuves. — 288. La fiction de la formule assurera gain de cause au donateur, car, en vertu de cette fiction, il est censé avoir possédé suffisamment pour usucaper, et cette possession imaginaire, s'intercalant au moment de la litiscontestation, se trouve ainsi placée *après* la condition résolutoire arrivée. D'ailleurs le donateur remplit les conditions de la Publicienne, car la condition résolutoire annule sa renonciation à son juste titre. L'exception *justi dominii* du donataire serait brisée par la réplique de dol. — 289. L. 30, D. *De mort. causa don.* 39, 6. L'action utile donnée par ce texte au donateur qui révoque, ne peut être la revendication directe. C'est une action *in rem*, une *revendication utile*, expression qui désigne clairement la Publicienne. — 290. D'ailleurs cette action utile ne peut être aucune action réelle autre que la Publicienne. — 291. Résumé et transition.

SECTION II. — *L'action in rem de la L. 29, D. 39, 6, ne saurait être la revendication.*

292. Si l'action *in rem* dont parle Ulpien n'est pas la Publicienne, il faut que ce soit la revendication. — 293. Donner la revendication c'est admettre

que la propriété revient de plein droit au donateur. Systèmes qui ont cherché à échapper à cette conséquence en admettant qu'Ulpien parlait d'une *res mancipi* que le donateur avait seulement livrée, conservant ainsi la propriété quiritaire et par conséquent la revendication (Scheurl et Czyhlarz). — Réfutation. — 294. D'ailleurs il ne faut pas dire en général que, lorsque la donation *mortis causa* portait sur une *res mancipi*, on se contentait de la livrer sans la manciper : L. 39, L. 37, § 1, D. 39, 6. — 295. Autres preuves à l'appui de l'idée que la propriété quiritaire est transmise au donataire : *condictio* donnée au donateur; particularité des donations *m. c.* entre époux, L. 9, § 2, L. 11 pr., D. 24, 1, L. 42, pr. D. 39, 6. —296. Autre système donnant la revendication sans admettre le retour de plein droit (Engelmann). — Réfutation.

Section III. — *Réfutation du système d'après lequel Ulpien aurait admis le retour de plein droit de la propriété.*

297. Si l'action de la L. 29, D. 39, 6, était la revendication, il faudrait dire, avec l'École française, qu'Ulpien admettait le retour de plein droit de la propriété, ou, pour parler plus exactement, qu'il admettait la possibilité de transférer la propriété *ad tempus*, quel que fût le mode d'aliénation. — 298. Cependant des preuves multiples montrent que l'impossibilité de transférer la propriété *ad tempus* était un principe fondamental du droit romain. — 299. Il est donc absolument invraisemblable qu'un jurisconsulte ait, d'un mot, et comme en passant, renversé ce grand principe et tenté une sorte de révolution juridique. — 300. Dans le système du retour de plein droit, il faut encore imputer à Ulpien une autre hérésie juridique, celle d'avoir donné à la même personne la revendication et la *condictio*. — 301. D'ailleurs la prétendue innovation d'Ulpien, loin d'avoir des avantages pratiques, aurait été, au contraire, très malheureuse. Complications inextricables qu'elle entraîne. — 302. Autres objections contre la doctrine imputée à Ulpien. — 303. Résumé et conclusion.

Section IV. — *Même sous Justinien la propriété ne saurait être, en principe, transférée ad tempus.*

304. Textes allégués à l'appui de l'opinion contraire : *Frag. Vat.* § 283, comparé à L. 2, C. *De donat. quæ sub modo*, 8, 55. Argument tiré de ce rapprochement en faveur de l'abrogation du principe : « *proprietas ad tempus transferri nequit.* » — 305. Exégèse de ce texte. Pour en tirer argument on le modifie et on lit : *Cum proprietas* AD TEMPUS *transferri nequiverit*, au lieu de : *ad* TE *transferri*... que porte réellement le manuscrit. Cette correction, que ne justifie aucunement le rapprochement de la L. 2, C. 8, 55, rend inintelligible la seconde partie du fragment, qui se comprend au contraire très facilement et dans toutes ses parties, si l'on laisse *ad te*. Développements. — 306. D'ailleurs le fragment ne peut pas porter « *ad tempus* » car alors le rescrit qu'il rapporte aurait commis une erreur juridique inadmissible. Une donation ne saurait être annulée parce que le donateur convient que la propriété lui reviendra à la mort du donataire. Preuves. — 307. Le fragment est donc étranger à la question qui nous occupe et doit être écarté du débat. — 308. L. 26, C. *De legatis*, 6, 37; les legs et fidéicommis temporaires, autrefois nuls, sont validés par Justinien; le légataire sera tenu de s'engager envers

l'héritier à lui restituer la chose à l'expiration du délai fixé par le testateur. — 309. Selon des auteurs, la nullité des legs temporaires était une application du principe : « *proprietas ad tempus transferri nequit.* » — 310. Réfutation. 1° Le fait qu'un droit n'est pas transmissible *ad tempus* n'annule jamais l'acte par lequel on le transfère sous cette clause. Il est transmis pour toujours, et l'on donne, par des moyens indirects, satisfaction à la volonté des parties. — 311. Suite. 2° La nullité des legs temporaires ne s'explique pas par la règle « *proprietas ad tempus* » etc., car cette même nullité s'appliquait aussi aux *fidéicommis temporaires;* le fidéicommis ne transférant point la propriété, on ne voit pas comment la règle en question aurait pu entraîner la nullité d'un fidéicommis fait pour un temps limité. — 312. A notre gré, les legs temporaires étaient nuls parce qu'ils contiennent implicitement un fidéicommis de restitution au profit de personnes tout à fait incertaines, savoir celles qui représenteront le testateur à l'expiration du temps fixé. Justinien ayant remédié à l'incapacité des personnes incertaines, devait, par une conséquence logique, valider les legs temporaires. — 313. Autres observations sur la L. 26, C. *De legatis.* — 314. A supposer même que la nullité des legs temporaires découlât de la règle : « *proprietas ad tempus* » etc., la L. 26 n'abroge pas cette règle, car elle impose seulement au légataire une obligation de restituer. — 315. Si cette règle avait été abrogée par Justinien, les compilateurs n'auraient pas manqué de remanier profondément les textes de l'époque classique qui sont inconciliables avec ce changement de principe, par ex. : L. 42, D. 39, 6. Explication de ce texte. — 316. Justinien n'a pas abrogé l'ancien principe, mais certaines dispositions de cet empereur y portent atteinte indirectement, et sans doute inconsciemment, notamment les L. L. 1, 2, 3, C. *Communia de leg.* 6, 43. — 317. Mais les compilateurs n'ont point voulu faire brèche au principe, en insérant au titre *De rei vindicatione* la L. 41, qui accorde l'action *in rem* à l'acheteur sous condition résolutoire, tant que la vente n'est pas résolue.

Section V. — *Base juridique de la règle : « proprietas ad tempus transferri nequit. » — Comment se concilie-t-elle avec la possibilité d'être propriétaire à terme extinctif, et avec certaines dispositions relatives aux ventes d'esclaves ?*

318. — Quelle est la base juridique de la maxime: «*proprietas ad tempus transferri nequit*»? Comment peut-elle se concilier avec les textes d'après lesquels on peut quelquefois *être* propriétaire à terme extinctif, et avec les effets de certaines clauses de vente d'esclaves? — 319. Ce n'est pas le respect des Romains pour le droit de propriété qui a motivé la règle; mais transférer la propriété *ad tempus*, ce serait créer un droit *sui generis* nouveau non reconnu par les lois. — 320. Quelle est la situation de l'héritier lorsque le testateur a légué la propriété à terme ou sous condition? — Quelle est celle de l'aliénateur conditionnel dans les cas où il n'y a pas de rétroactivité? Distinction de ces cas. — 321. Examen préalable de la situation du propriétaire futur. Il n'est pas encore propriétaire et ne saurait aliéner, mais il deviendra sûrement propriétaire au jour du terme ou à l'arrivée de la condition. — 322. Cela suppose que tous les actes juridiques nécessaires au transfert de la propriété ont été accomplis, et qu'il ne manque plus que l'expiration du délai ou l'arrivée de la condition pour que ces actes produisent leur effet. —

323. Situation du propriétaire actuel. Il ne peut, par aucun acte juridique, modifier le droit futur du propriétaire à terme ou sous condition. Analogie avec les droits de l'héritier sur le *statuliber*. — Il se trouve donc propriétaire à terme extinctif ou sous condition extinctive, en d'autres termes : propriétaire *ad tempus*. — 324. Comment cette situation se concilie-t-elle avec la règle « *proprietas ad tempus transferri nequit* », et avec le motif que nous lui avons attribué? — 325. Pourrait-on trouver dans la possibilité d'être propriétaire à terme extinctif, un moyen d'éluder la règle en question? — 326. Ne portent pas non plus atteinte à la règle, les droits reconnus au profit du vendeur d'esclaves en cas de contravention à certaines clauses de la vente, clauses intéressant l'humanité ou l'ordre public.

Section VI. — *Différences entre les résultats du système adopté et ceux de la théorie qui admet le retour de plein droit de la propriété.*

327. — La Publicienne donnée au donateur produit les mêmes effets que la revendication vis-à-vis du donataire et de ses créanciers chirographaires, auxquels le donateur est ainsi très justement préféré. — 328. Mais le donateur ne peut inquiéter les ayants-cause à titre onéreux du donataire s'ils sont de bonne foi. — 329. La Publicienne réussit au contraire contre les sous-acquéreurs à titre gratuit et les créanciers hypothécaires du donataire. Justification de ces résultats par les effets de la réplique de dol opposée aux exceptions invoquées par les ayants-cause. — 330. L'innovation d'Ulpien, justifiée par les précédents et par l'équité, se réduit à ces termes. — Avantages de la Publicienne sur la *condictio*. — Caractère relatif de la propriété *purement prétorienne* qui revient ainsi au donateur.

Section VII. — *Autres applications de la Publicienne du donateur. — Donations sub modo.*

331. — Donation à charge d'aliments. L'*utilis vindicatio* donnée dans ce cas est la Publicienne. On suppose ici que la donation a été faite tacitement sous condition résolutoire. — 332. Extension de cette idée aux donations entre fiancés, dans le cas où le mariage manque par le fait du donataire. — Effets de la Publicienne dans ces cas ; renvoi à la Section précédente.

Section VIII. — *Résumé des diverses applications de la Publicienne intentée par l'ancien propriétaire. Développement graduel de cette théorie.*

333. Publicienne en cas de perte involontaire de la propriété quiritaire. — 334. En cas d'aliénation volontaire, mais extorquée par violence. — 335. En cas d'aliénation sous condition résolutoire. — 336. Enfin en cas d'aliénations dans lesquelles on supposera une condition résolutoire tacite.

TITRE III

CONDITION RÉSOLUTOIRE EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ DANS LE CAS DE VENTE. — PROPRIÉTÉ PRÉTORIENNE DE L'ACHETEUR SOUS LES CLAUSES RÉSOLUTOIRES DE L'ADDICTIO IN DIEM ET DE LA LEX COMMISSORIA.

CHAPITRE XXV.

De la lex commissoria.

337. — Du principe que la tradition en matière de vente ne transfère pas la propriété tant que le prix n'est pas payé ; de son fondement juridique et pratique. Il repose sur une saine interprétation de la volonté du vendeur. — 338. Situation de l'acheteur avant le paiement du prix. Il a la possession *ad usucapionem* ; réfutation du système de Nissen. — 339. Situation de l'acheteur à l'égard du vendeur. Le vendeur, quoique resté propriétaire, ne peut intenter avec succès la revendication que s'il a une *justa causa vindicandi* autre que le non paiement du prix. Autrement il se heurterait à l'exception *rei venditæ*. Ce non-paiement suffit au contraire à autoriser la revendication, si la possession n'a été livrée a l'acheteur qu'à titre précaire. — 340. Le danger de perdre la chose et le prix, *ainsi que la résolution de la vente,* sont évidemment des *justæ causæ vindicandi.* — 341. Exceptions au principe que la propriété n'est pas transmise avant le paiement du prix. Développement du cas où le vendeur a entendu renoncer à la garantie de la propriété conservée et se contenter de la solvabilité personnelle de l'acheteur. — 342. Mais le seul octroi d'un délai pour le paiement n'implique pas, par lui seul et nécessairement, la renonciation du vendeur à sa garantie ; le principe romain peut s'appliquer même aux ventes où ce prix est payable à terme. — 343. En admettant même que l'octroi d'un terme doive faire supposer chez le vendeur l'intention de transférer la propriété, ce ne peut être que si l'intention contraire n'est pas démontrée. Or, l'insertion de la *lex commissoria* démontre le plus énergiquement du monde que le vendeur, loin d'avoir eu confiance dans la solvabilité de l'acheteur, s'en est au contraire extrêmement défié. De là résulte que le vendeur *sub lege commissoria* reste propriétaire tant que le prix n'est pas intégralement payé. — 344. D'ailleurs, un texte d'Hermogénien, L. 38, D. *Ad legem Fal.*, 35, 2, prouve catégoriquement que le vendeur *sub lege commissoria* restait propriétaire de l'objet vendu. La preuve devient encore plus forte lorsqu'on constate que le jurisconsulte y commentait la loi *Fufia Caninia* et non pas la loi Falcidie. Preuves. — 345. Autres textes prouvant que le vendeur sous la clause résolutoire de la *lex commissoria* reste propriétaire. — 346. Enfin on peut invoquer dans le même sens tous les textes se rapportant à la *lex commissoria*, invoqués par les partisans du retour de plein droit de la propriété aux mains du vendeur. L. 8, D. *De lege com.* 18, 3 ; L. 1. C. *De Pactis inter empt.*, 4, 54 ; L. 4. C. *eod.* Ils s'expliquent fort naturellement : le vendeur, qui n'a pas cessé d'être propriétaire, revendique efficacement, parce qu'après la résolution de la vente l'exception *rei venditæ et traditæ* ne peut plus lui être opposée. — 347. Examen du système d'après lequel le mot *vindicare* n'aurait pas un sens technique dans les textes en question. — 348. Explication de la L. 13, D. *De pigner. act.*, 13, 7

CHAPITRE XXVI.

De l'addictio indiem.

349. Définition de l'*addictio in diem*. Les uns y voyaient une condition suspensive, les autres l'interprétaient de préférence comme une clause résolutoire. — 350. Intérêts qu'il y a à donner l'une ou l'autre interprétation. — Parmi ces intérêts les textes ne signalent pas de différence au point de vue du transfert de propriété. N'y aurait-il point d'intérêt à ce point de vue ? — 351. Si, lorsqu'on considère la clause comme résolutoire, la propriété est transmise, on ne comprend pas que tout le monde ne l'ait point interprétée comme condition suspensive, ce qui évite des inconvénients très graves. Serait-ce parce que la propriété n'est transmise dans aucun cas, ce que plusieurs textes décident d'ailleurs ? — 352. Examen de ces textes : L. 38, D. *Ad leg. Fal.*, 35, 2 ; L. 1, D. *De in diem.*, 18, 2 ; L. 11 pr., L. 15, D. *eod.* etc. — 353. D'autres textes prouvent que réciproquement l'acheteur ne devient jamais propriétaire avant l'expiration du délai : L. 11, § 10, § 12 D. *Quod vi aut clam*, 43, 24. — 354. Explication de la L. 4, § 3, D. *De in diem*, 18, 2, qui paraît contraire à cette idée. Il semble bien que l'acheteur soit propriétaire, puisque (premier argument) il peut hypothéquer, et que (deuxième argument) le texte l'appelle *dominus*. — 355. A. Supposons la chose vendue *res mancipi* comme dans la L. 4, § 3, D. 18, 2. Réfutation du premier argument. Dans ce cas la chose sera livrée mais non mancipée, car l'acheteur n'a aucun intérêt légitime à exiger la mancipation, il a la Publicienne contre tous, même contre le vendeur ; il est propriétaire prétorien. — 356. Il peut même, tant que la vente n'est pas résolue, constituer des droits réels opposables à son vendeur, ses ayants-cause pouvant opposer à la revendication du vendeur l'exception *rei venditæ et traditæ* qui compète à leur auteur. — 357. Mais après la résolution de la vente, ni l'acheteur ni ses ayants-cause ne peuvent plus opposer cette exception au vendeur resté propriétaire quiritaire. Ainsi s'explique tout naturellement le «*finiri pignus* » de Marcellus. — 358. Réfutation du deuxième argument. Ulpien, d'autres jurisconsultes encore, n'hésitent pas à appeler *dominus* un propriétaire prétorien. Or, protégé à l'égard de tous par la Publicienne et par l'exception *rei venditæ et traditæ*, l'acheteur est en effet, tant que la vente n'est pas résolue, un propriétaire prétorien. La vente résolue, la Publicienne et l'exception *rei venditæ* lui échappent, il cesse donc d'être propriétaire prétorien. — 359. Explication de la L. 9. D. *De aqua et aquæ*, 39, 3. — 360. B. Supposons maintenant que la chose vendue soit *nec mancipi*. Si l'on admet que le vendeur n'a pas transféré la propriété, on explique facilement que l'hypothèque constituée par l'acheteur s'éteigne à l'arrivée de la condition résolutoire, car les ayants-cause de l'acheteur perdent alors l'exception *rei venditæ* qu'ils avaient contre la revendication du vendeur. — 361. Preuves à l'appui de l'idée que le vendeur n'a pas perdu la propriété. Motif : dans l'*addictio in diem* le prix n'est jamais payé, au moins intégralement, avant l'expiration du délai, et l'on ne peut ici supposer un seul instant que le vendeur, en donnant un terme pour le paiement, ait entendu renoncer à la garantie de la propriété conservée. Preuves. — 362. Dans le cas du *pactum displicentiæ* (vente à l'essai) la propriété quiritaire n'est pas transférée non plus, parce que le prix n'est jamais payé avant que l'acheteur n'ait été sa-

tisfait de l'essai. — Si dans ce cas l'hypothèque constituée par l'acheteur ne s'éteint pas, c'est que la vente ne peut alors être résolue. — 363. Résumé des effets de la condition résolutoire dans les transferts de propriété pour les cas de vente. La condition opère sur le droit à la Publicienne, c'est-à-dire sur la propriété prétorienne, et non pas sur la revendication, c'est-à-dire sur la propriété civile. — 364. La théorie exposée ci-dessus aboutit à des résultats analogues à ceux de la doctrine du retour de plein droit de la propriété, au point de vue de l'intérêt du vendeur, mais en respectant beaucoup mieux que cette doctrine les intérêts des tiers, qui doivent exiger la preuve que leur auteur a payé son prix ; alors ils ont pleine sécurité. — 365. Dans les donations au contraire, les tiers acquéreurs à titre onéreux et de bonne foi sont toujours en sécurité. — 366. Sans leur nuire, on peut donner au donateur la Publicienne ; elle ne le fait préférer qu'aux créanciers et aux acquéreurs à titre gratuit du donataire, ce qui est juste. A cela se réduit l'innovation d'Ulpien, justifiée par des précédents et constituant une *évolution*, mais non pas une *révolution*.

CHAPITRE XXVII.

Caractères généraux de la propriété prétorienne. Résumé et conclusions.

367. Différences entre la propriété prétorienne et le *dominium* au point de vue de leurs modes d'acquisition et d'extinction. Ceux de la propriété prétorienne sont régis par l'équité. — 368. Caractère relatif de la propriété prétorienne ; il résulte aussi de ce qu'elle est une propriété d'équité ; cette idée explique encore son caractère éventuellement temporaire. — 369. Par ses rapports avec l'usucapion, la propriété prétorienne est fille du *dominium*. — Fondement rationnel de la *propriété*, encore fragile, du possesseur de bonne foi avant l'usucapion accomplie. — Nouveau rapport entre le caractère relatif et le caractère temporaire de la propriété prétorienne. — 370. Sous Justinien, est-il vrai de dire que dans tous les cas d'*in bonis*, sauf l'hypothèse d'acquisition *a non domino*, la propriété soit acquise *erga omnes* et à perpétuité ? — 371. Le droit de Justinien a emprunté, en principe, au *dominium* son caractère perpétuel ; la revendication utile donnée dans certains cas et contre certaines personnes n'implique pas le droit de propriété chez celui qui exerce cette action. — 372. A la propriété prétorienne, le Bas-Empire a emprunté, *en pratique*, son caractère quelquefois relatif. — La revendication de cette époque est un mélange de *vindicatio* et de *Publicienne*. — 373. C'est dans cet état que notre ancien droit a connu et nous a transmis la revendication. — Citation de Pothier.

CHAPITRE XXVIII.

De la revendication et de la Publicienne en droit français.

374. Plan de ce chapitre. — 375. Exposé des différentes opinions : *Premier système* : Point de modification au droit ancien. — 376. *Second système* (Aubry et Rau, jurisprudence) : Il s'agit de savoir quelles preuves doit fournir,

selon les cas, le revendiquant. — 377. Première hypothèse : le demandeur a un titre et le défendeur n'en a pas. — 378. Deuxième hypothèse : les deux parties ont des titres : 1° émanés du même auteur ; 2° de deux auteurs différents. Examen critique des diverses opinions. — 379. Troisième hypothèse : les parties ne produisent aucun titre. Distinction de la jurisprudence. — 380. *Troisième système*. Il exige dans tous les cas la preuve positive de la propriété du demandeur. — Citation de M. Montagne. — 381. Réfutation du système de Laurent. L'art. 1315 ne saurait être appliqué à la preuve de la propriété. En matière de revendication, l'adage *actori incumbit onus probandi* doit être interprété aujourd'hui comme il l'a toujours été jusqu'au Code civil. — 382. En définitive la loi est muette et, dans le silence des textes, il est légitime d'appliquer les principes romains reçus et pratiqués chez nous jusqu'au Code Civil. Les rédacteurs du Code nous y autorisent eux-mêmes. Avantages du maintien intégral des anciens principes — 382 *bis*. Toutes les solutions de la jurisprudence actuelle peuvent se justifier en faisant appel aux principes de la Publicienne, c'est-à-dire à la tradition historique ; en effet, les présomptions de propriété invoquées par les arrêts ne sont que des présomptions de possession. La jurisprudence se serait donc placée sur un terrain plus solide en invoquant le silence du Code et la tradition historique. — 383. Même en faisant abstraction de la tradition historique, et en n'invoquant que le Code, la plupart des solutions jurisprudentielles peuvent se justifier. Les faits de possession suffisante pour prescrire pouvant être prouvés par témoins, admettent aussi la preuve par présomptions de l'homme ; par conséquent, pour justifier la plupart des arrêts il suffit de substituer l'idée : « *présomptions de prescription* » à celle de *présomptions de propriété* admise par ces arrêts. La preuve de la prescription par des présomptions de l'homme, doit d'ailleurs être admise avec plus de facilité à mesure que la preuve testimoniale devient plus difficile. C'est ce qui arrive pour les faits de possession accomplis, non par le plaideur actuel, mais par son auteur. — 384. Application de ces idées aux trois hypothèses prévues ci-dessus. — 385. Critique des doctrines qui font table rase de la tradition historique. Justification de sa légitime autorité, particulièrement en ce qui touche la Publicienne.

ERRATUM ET ADDENDA DU T. I

FAUTES POUVANT ALTÉRER LE SENS

P. 3, ligne 19 : au lieu de : bien plus souvent, lisez : parfois aussi.

P. 6, ligne 26 : au lieu de : n'a pas l'*in bonis*, lisez : n'a que l'*in bonis*.

P 7, ligne 28 : au lieu de : 293, lisez : 203.

P. 86, ligne 20 : au lieu de : L. 7, pr., lisez : L. 9, pr.

P. 94, ligne 9 : au lieu de : n° 45, lizez : n° 90.

P. 113, ligne 23 : au lieu de : *De usurp.*, 41, 1, lisez : *De usurp.*, 41, 3.

P. 126, ligne 8 : au lieu de : L. 66, lisez : L. 16.

P. 237, ligne 26 : au lieu de : XXX, lisez : XXV.

P. 326, ligne 18 : au lieu de : pourrait, lisez : peut.

P. 346, ligne 13 : au lieu de : *possessore*, lisez : *petitore*.

ADDENDA

Page 49, *ligne* 3, après les mots : Restitution adoptée, *ajoutez :* — 44. Examen de quelques objections de Lenel contre le système adopté.

Page 108, *ligne* 10, après les mots : « on peut même affirmer », *mettez :* voyez *infra*, n° 63.

Page 133, *ligne* 16, après les mots : « par voie d'action », *mettez :* ou par voie d'exception.

Page 285, *ligne* 7, *ajoutez :* De même si l'acheteur, *après avoir payé le prix*, soustrait la chose au vendeur, il ne commet pas de vol, L. 14, § 1, D. *De furtis*, 47, 2.

Page 285, *lignes* 13 *et suivantes*, *ajoutez* : Dans notre sens : Stintzing, *Das Wesen von bona fides*, etc., p. 16 et s. ; *contra* Dernburg, *Pfandrecht*, Leipzig, 1860, t. I, p. 24, texte et note 49. — Quand Gaius nous dit : (II, 59 et III, 201) : « *qui rem alicui fiduciæ causa mancipio dederit vel in jure cesserit, si eamdem ipse* POSSEDERIT », et dans l'autre passage : « *rem quam fiduciæ causa creditori mancipaverit aut in jure cesserit, ... sine furto* POSSIDERE *et usucapere potest,* » il suppose manifestement que le

débiteur, malgré la mancipation ou la cession *in jure*, a *continué* à détenir l'objet donné en fiducie (car même avoir fait mancipation n'implique pas s'être dessaisi de la possession, surtout pour les immeubles que l'on peut manciper loin de leur situation, Gaius, II, 204 ; IV, 131, I, 121). Gaius ne prévoit point le cas où le débiteur enlèverait au créancier, contre le gré de celui-ci, la chose qu'il lui a mancipée fiduciairement ; il ne dit pas : *si eamdem rem creditori* SUBTRAXERIT..... ni : *permittitur... sine furto* SUBTRAHERE, expression qu'il emploie pour le cas où le débiteur soustrait à son créancier l'objet donné en gage (Gaius III, § 200), mais il emploie systématiquement les mots POSSEDERIT, POSSIDERE, qui s'appliquent bien plus naturellement au cas où le débiteur a continué à détenir la fiducie, qu'à celui où il en aurait repris possession. Il n'est pas possible d'imaginer un état de l'opinion publique tel, que le fait de soustraire frauduleusement au créancier l'objet dont on lui a transféré la propriété *fiduciæ causa*, ne constituât pas un vol et pût donner naissance à une usucapion si favorisée que le délai en est d'une année seulement, même pour les immeubles. Cela est d'autant plus impossible à concevoir, qu'à la même époque, et sans la moindre difficulté, la soustraction du gage par le débiteur, qui en était pourtant resté propriétaire, était considérée comme un vol, Gaius, III, § 200.

Page 312, *ligne* 20, après les mots : « une manière d'acquérir la propriété », *mettez* : à la mort du disposant.

Page 325, *ligne* 4, après les mots : « le donataire aura eu soin de faire remplir cette formalité », *ajoutez* : On trouve une mancipation dans tous les exemples de donation que les inscriptions nous ont conservés, voyez Bruns, *Fontes juris romani antiqui*, 4e éd., Fribourg en Brisgau, 1881, pages 201 à 205.

Page 334, *ligne* 9, *ajoutez :* Il est fort possible d'ailleurs, comme l'a remarqué Esmein (*Nouv. Revue hist.*, 1885, p. 264 note 4) que les mots « *possessione cesserit* », « *cedendo mihi possessione* » soient des interpolations mises à la place de « *in jure cesserit* », « *in jure cedendo mihi* ». Mais cela ne changerait rien à notre interprétation, et l'usucapion aurait toujours lieu, dans le premier cas au titre *pro suo*, et dans le second cas au titre *pro soluto*.

Cela ne prouverait nullement d'ailleurs qu'il y ait eu un titre « *pro in jure cesso* » ; voyez *supra* n° 164, note 26.

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION. — IDENTITÉ DE LA PROPRIÉTÉ PRÉTORIENNE ET DU DROIT SANCTIONNÉ PAR LA PUBLICIENNE. — ORIGINE HISTORIQUE DE LA PROPRIÉTÉ PRÉTORIENNE ET DE LA PUBLICIENNE. — L'EDIT ET LA FORMULE. — CHOSES AUXQUELLES S'APPLIQUE LA PUBLICIENNE.

CHAPITRE I

Introduction. — Identité de la propriété prétorienne et du droit garanti par la Publicienne. — Aperçu des principales questions.

1. Importance du sujet. — 2. La propriété prétorienne n'a pas de nom technique à Rome ; les Prudents la désignent par une périphrase, ou par l'action qui la sanctionne, la *Publicienne*. Explication. Pour connaître la propriété prétorienne, il faut donc étudier la Publicienne. — 3. Première objection à cette manière de comprendre le sujet : certains propriétaires prétoriens n'ont pas la Publicienne. Enumération des cas d'*in bonis*. Le *bonorum possessor* et celui à qui un fideicommis d'hérédité est restitué en vertu du Snc. Trebellien n'ont pas la Publicienne *de leur propre chef*, bien qu'ils aient l'*in bonis*, la propriété prétorienne. — Réfutation. Le refus de la Publicienne à ces propriétaires prétoriens étant basé sur des motifs spéciaux, cette exception, loin d'infirmer l'idée de l'identité de la propriété prétorienne et du droit garanti par la Publicienne, la confirme au contraire. — 3 *bis*. Deuxième objection : la Publicienne est donnée à l'acquéreur de bonne foi, qui n'a pas l'*in bonis*. — Réfutation. Il est vrai que l'acquéreur de bonne foi n'a qu'un droit *relatif*, mais, vis-à-vis de ceux auxquels il est opposable, ce droit n'en est pas moins la *propriété prétorienne, qui précisément peut être relative*. Des personnes à qui l'on reconnaît l'*in bonis* peuvent elles-mêmes n'avoir qu'un droit relatif. — 4. Suite. Les textes attribuent d'ailleurs expressément l'*in bonis* au simple possesseur de bonne foi, et réciproquement appellent possesseur de bonne foi une personne à qui tout le monde reconnaît l'*in bonis*. — 5. Conclusion : il faut, pour étudier la propriété préto-

rienne, se placer au point de vue de la Publicienne. Méthode adoptée. Caractère éventuellement relatif de la propriété prétorienne. — 6. Autre caractère de la propriété prétorienne ; *elle peut être temporaire* ; la propriété civile au contraire est perpétuelle de son essence. — Renvoi. — 7. Autre caractère : la propriété prétorienne ne se perd pas de la même manière que la propriété civile, elle peut survivre à des faits qui entraînent la perte du *dominium*, comme l'usucapion par un tiers, les transformations de l'objet, l'aliénation extorquée par violence et l'aliénation sous condition résolutoire. — 8. Enfin l'étude de la Publicienne présente par ailleurs un intérêt considérable, en ce que cette action se lie intimement à la théorie de l'usucapion et peut dès lors éclaircir des questions délicates concernant l'usucapion. — Résumé et conclusion.

1. — De toutes les institutions du droit privé que nous avons reçues de la législation romaine, comme un précieux héritage lentement amassé par l'immense labeur des Prudents, il n'en est aucune qui puisse être comparée au droit de propriété. Non seulement il les dépasse en importance, mais encore il constitue la base indispensable de tous les autres droits du patrimoine, qui, sans lui, ne se comprendraient même point.

Ainsi, alors que presque toutes les autres institutions se transformaient plus ou moins, lui seul bravait l'effort du temps et semblait jouir du privilège d'une immortelle jeunesse.

Mais cette propriété que nous avons reçue du grand peuple juridique, ce n'est pas l'antique *dominium ex jure quiritium*, cette institution à l'aspect hiératique, aux formes raides et tranchées, précieuse sans doute, mais trop peu élastique pour se prêter aux besoins changeants des sociétés qui grandissent.

Ce que nous avons emprunté aux Romains, c'est la propriété modelée par le Préteur sous l'inspiration du droit des gens, institution moins solide peut-être, mais infiniment plus souple que la première, plus conforme aux besoins généraux de l'humanité. C'est ce qui a fait sa fortune.

Aussi, pour ceux qui ne se bornent pas à chercher dans les monuments de la législation romaine la satisfaction d'une curiosité scientifique, pour ceux qui ne se

contentent point d'y puiser les enseignements de l'histoire, mais qui estiment pouvoir y trouver un profit plus direct en insistant particulièrement sur les points où nos lois n'ont fait que reproduire sans altération sensible les institutions antiques, il n'y a point de sujet d'étude qui puisse paraître plus utile et plus séduisant que celui de la *propriété prétorienne.*

2. — Dès le début toutefois on éprouve un véritable étonnement. Cette propriété prétorienne qui domine tout le droit romain, aucun Prudent n'en a fait l'objet d'une étude spéciale. Parmi les innombrables traités dus à leur plume féconde, il n'en est pas un seul qui soit consacré à la propriété prétorienne. Bien mieux, cette propriété n'a pas même de nom à Rome! Lorsqu'ils en parlent, et c'est bien rare, les Jurisconsultes emploient une périphrase : ils disent que la chose se trouve *dans les biens* d'une personne; *in bonis.* Aussi les modernes l'ont-ils appelée l'*in bonis.* Mais bien plus souvent les Prudents se servent d'une autre locution et désignent le propriétaire prétorien par ces mots : *celui qui a la Publicienne.*

C'est que toute institution prétorienne se confond nécessairement avec l'action qui la sanctionne. Le Préteur ne peut directement créer un droit nouveau, il n'a point le pouvoir législatif. Mais la procédure est son domaine ; maître de poser comme il l'entend, au juge chargé de statuer, la question résultant du procès, il peut ainsi dicter indirectement la réponse. Lorsqu'il enjoint au juge de condamner le défendeur s'il reconnaît au profit du demandeur l'existence de tels ou tels faits, le juge, esclave de la formule, ne pouvant s'écarter de la voie qui lui est tracée, arrive nécessairement au but que le Préteur a voulu atteindre. De même qu'aujourd'hui, sur nos voies ferrées, celui qui manœuvre l'aiguille peut lancer dans la direction choisie

l'énorme machine qui ne pourra plus désormais dévier de sa voie, de même, par les combinaisons de la formule, le Préteur fait aboutir le juge à la décision qui lui plaît.

C'est ainsi qu'à Rome l'action crée le droit; c'est pour ce motif que les Prudents nous parlent le plus souvent de l'action imaginée par le Préteur et non pas du droit qu'il a voulu sanctionner par cette action. Pour eux les deux choses sont identiques. Pratiquement, un droit dépourvu d'action n'est pas un droit.

Ces considérations nous dictent la méthode de cette étude. Il faut faire comme les Romains, suivre leurs traces, sous peine de nous égarer et de ne plus les comprendre. C'est de la Publicienne qu'ils ont parlé, c'est sous le nom de cette action qu'ils ont traité de la propriété prétorienne : nous devons les imiter.

L'on ne sera point surpris, par conséquent, de voir la Publicienne revenir à chaque instant dans cette étude : qui dit Publicienne, dit propriété prétorienne, le seul moyen de connaître l'un c'est d'étudier l'autre, ce n'est pas rabaisser le sujet, c'est le comprendre.

3. — Pourtant, à cette manière d'entendre le sujet, on pourrait faire deux objections.

a) D'une part, on dira que certains propriétaires prétoriens n'ont point la Publicienne ; *b*) d'autre part, que cette action compète à celui qui de bonne foi a acquis une chose *a non domino*, c'est-à-dire à une personne qui n'a point l'*in bonis*, la propriété prétorienne.

a) Enumérons brièvement tous les cas où l'on reconnaît que l'*in bonis* se trouve séparé de la propriété quiritaire [1].

1. Voyez sur l'*in bonis*: Ribéreau, Théorie de l'*in bonis habere* ou de la propriété prétorienne, Paris, 1867, et surtout la très savante et très intéressante thèse de Doctorat de notre collègue M. Moreau : De l'*in bonis habere*, Bordeaux, 1883.

1° Une *res mancipi* a été aliénée par la simple tradition [2].

2° L'adjudication ne transfère la propriété quiritaire de leur lot aux copropriétaires allotis par la sentence du juge, que si l'instance constitue un *judicium legitimum* [3]. Si au contraire l'instance n'a point les caractères du *judicium legitimum* [4], l'adjudication prononcée par le juge ne pourra conférer que l'*in bonis* [5].

3° Lorsqu'un esclave a commis un délit et que son maître ne se présente pas pour répondre à l'action de la victime, le Préteur permet au demandeur de se saisir de cet esclave : *ductio* ou *abductio noxalis*. Il en acquiert ainsi, non pas la propriété quiritaire, mais l'*in bonis* [6].

4° Il y a encore acquisition de l'*in bonis* dans le cas de *missio in possessionem ex secundo decreto*, *damni infecti nomine* [7].

5° La prestation du serment décisoire est encore comptée parmi les cas d'*in bonis* [8]. Celui qui a juré que la chose litigieuse était sienne, acquiert l'action Publicienne, mais seulement contre celui qui lui a déféré le serment. Remarquons ce caractère relatif que l'on reconnaît ici à l'*in bonis*. Il y aurait lieu d'ailleurs de faire de grandes réserves sur le classement de cette hypothèse. On donne généralement le nom de propriétaire bonitaire à celui qui, ayant acquis *a domino*, a un droit opposable à tout le monde. Ni l'une ni l'autre de ces

2. Gaius, II, § 41. Ulp. Regul., I, 16.

3. Voyez L. 44, § 1, D. *Fam. ercis.*, 10, 2. — Frag. Vat. § 47. — L. 7, pr. D. *De Publiciana in rem actione*, 6, 2. — Le titre du Digeste que nous venons de citer et dont cet ouvrage est le commentaire, sera désigné désormais par l'abréviation *h. t.* (*hoc titulo*).

4 Gaius, IV, §§ 103 à 110.

5. Voyez *infra* nos 132 et 185.

6. L. 32, L. 26, § 6, D. *De noxal. act.*, 9, 4. — L. 2, § 1, D. *Si ex nox.* 2, 9. — L. 6, D. *De Publ. in rem*, 6, 2. — Voyez nos 127, 131, 157, 174.

7. Voyez *infra* nos 127, 131, 157, 174.

8. Voy. Moreau, op. cit. p. 94. — Voy. *infra* nos 195 à 199.

deux conditions ne se rencontre ici. Celui qui a déféré le serment peut fort bien n'être point propriétaire, et l'on vient de voir que le jureur n'est point protégé contre les tiers. Mais enfin nous prenons la classification comme on l'a présentée.

6° On cite encore le cas de *sublicatio arborum*. Lorsque les branches d'un arbre planté chez mon voisin empiètent sur mon héritage, ou dépassent une certaine hauteur de manière à porter leur ombre sur mon terrain, le Préteur, au refus du voisin, m'autorise à pratiquer moi-même l'émondage, et à m'approprier le bois coupé [9].

Bien que les textes soient muets à cet égard, il est certain que la propriété de ces branches qui m'est acquise *jure prætorio* serait sanctionnée par la Publicienne. La prise de possession, autorisée par le Magistrat, me donne droit à cette action comme dans les cas indiqués sous les numéros 3 et 4.

Dans tous ces cas, nul ne le conteste, la propriété prétorienne ainsi acquise est garantie par la Publicienne ; l'acquisition de l'*in bonis* se confond donc absolument avec l'acquisition de la Publicienne.

Restent des cas d'acquisition *per universitatem*.

1° Le plus important est celui du *bonorum possessor*, héritier prétorien. S'il n'est pas en même temps héritier du droit civil, le *bonorum possessor* n'a pas l'*in bonis* et devra usucaper pour obtenir la propriété quiritaire [10]. Aucun texte ne lui donne la Publicienne [11].

9. L. 2, D. *De arbor. cæd.*, 43, 27. — L. 1, pr., §§ 7, 8, D. *eod.* Voyez Moreau, p. 95.

10. Gaius, III, § 80.

11. M. Moreau, op. cit. p. 87, donne la Publicienne au *bonorum possessor cum re*. Il faudrait au moins la donner aussi au *bonorum possessor sine re*, au moins contre les tiers autres que l'héritier du droit civil, ce dernier pouvant repousser cette action par l'exception *justi dominii*. On nous concéderait sans doute aisément ce point, car il n'y a de différence entre le *bonor. possessor cum re*, et le *bonor. pos. sine re*, que vis-à-vis de l'héritier du droit civil. Tous

2° Celui à qui une succession a été restituée en exécution d'un fideicommis d'hérédité, et par application du Snc. Trebellien [12], acquiert ainsi non pas la propriété quiritaire, mais seulement l'*in bonis* [13]. Un texte lui donne la Publicienne, avant même qu'il ait pris possession [14], mais nous admettrons qu'il s'agit ici de la Publicienne que pouvait intenter le défunt et dont le fideicommissaire hérite comme de toutes les actions héréditaires [15]. Ces actions lui sont données avec une fiction par laquelle il est considéré comme héritier du droit civil [16].

3° Dans le cas d'*addictio bonorum, libertatum conservandarum causa* [17], celui qui s'est chargé de maintenir les affranchissements et de payer les dettes est assimilé à un *bonorum possessor*.

4° Enfin, le seul de ces successeurs universels qui puisse prétendre à la Publicienne, parce qu'il se trouve dans une situation exceptionnelle, c'est le *bonorum emptor*, celui qui achète en masse les biens du débiteur failli. Il n'en acquiert que l'*in bonis* [18]. Grâce à une fiction par laquelle il était censé l'héritier du failli, on lui donnait toutes les actions de ce dernier [19], ou bien en-

deux en effet ont l interdit *quorum bonorum* et les actions fictices de la qualité d'héritier (G. IV, § 144. Voyez Accarias, t. I, 4e éd. n° 463, 1° et 3°). — Mais le silence des textes qui énumèrent pourtant avec le plus grand détail les personnes à qui la Publicienne compète, ne permet pas de supposer un seul instant qu'un héritier même prétorien, puisse avoir, *à ce seul titre pro herede*, la Publicienne. Voyez *infra* nos 56, 101, 154, 192 et surtout 200 à 293. Ajoutons seulement ici que le *bonorum possessor* ne remplit nullement les conditions de la Publicienne, il n'a point reçu tradition, et ne peut invoquer aucun acte assimilable à la tradition, comme un envoi en possession ordonné par le Préteur. La *bonorum possessio* n'a rien de commun avec un envoi en possession. Voyez L. 3, § 1, D. *De bon. pos.* 37, 1 et Accarias, t. I, 4e éd. n° 442 4°.

12. Gaius, II, 253. Inst. II, 23, § 4.
13. L. 63, pr. D. Ad Snc. Trebel. 36, 2.
14. L. 12, § 1 D. *De publiciana in rem*, 6, 2.
15. Gaius, II, § 253. Voyez infra n° 133.
16. Argument Gaius II, § 253. Inst. II, 23 § 4.
17. Inst. III, 11, §§ 1, 2.
18. Gaius, III, §§ 79 et 80.
19. Gaius, IV, 35 (Action Servienne).

core on mettait à sa disposition des formules dont l'*intentio* était conçue au nom du failli, et la *condemnatio* au nom de l'*emptor*, en sorte que cette condamnation était prononcée à son profit.

Le *bonorum emptor* aurait d'ailleurs la Publicienne en son nom personnel, c'est-à-dire même pour des biens dont le failli était possesseur de mauvaise foi, car il remplit personnellement les conditions de la Publicienne : il a acheté le patrimoine, et il a reçu, des mains des créanciers autorisés à le vendre, tradition des choses corporelles qui le composent, ou bien, par l'interdit *possessorium* [20], il s'est fait remettre ces choses, mais c'est encore du consentement des vendeurs, ce qui équivaut parfaitement à une tradition [21]. Rien n'empêche donc qu'il ait la Publicienne, et si les textes du Digeste sont muets à cet égard, c'est que la *bonorum venditio* a disparu avec la procédure formulaire [22].

Nous trouvons donc trois successeurs *per universitatem* prétoriens qui n'ont pas la Publicienne. Admettre l'opinion de ceux qui la leur donnent, ce serait sans doute faciliter beaucoup notre tâche, puisqu'il serait démontré que l'*in bonis* entraîne nécessairement le droit à l'action publicienne. Mais comme nous sommes convaincus que ces trois successeurs à titre universel n'ont pas cette action [23], bien qu'ils aient l'*in bonis*, il nous faut expliquer ce résultat, montrer qu'il n'est pas contraire au système que nous soutenons ici, à sa-

20. Gaius, IV, 144.

21. La situation présente la plus grande analogie avec celle de l'acheteur d'une hérédité, qui jouit certainement de la Publicienne : L. 9, § 3, D. *De Publ. in rem*, 6, 2 : *Item, si hereditatem emero et traditam mihi rem hereditariam petere velim, Neratius esse scribit Publicianam.*

22. Inst. III, 12, pr.

23. Aucune acquisition *per universitatem*, sauf celle du *bonorum emptor*, ne peut donner la Publicienne à l'acquéreur. Il succédera seulement à cette action si celui à qui il succède l'avait. Voyez *infra* nos 200 à 203. En d'autres termes, la Publicienne n'est jamais donnée au titre *pro herede*.

voir l'*identité* de la propriété prétorienne et du droit garanti par la Publicienne.

Tout d'abord il importe de remarquer que si les héritiers prétoriens dont il s'agit n'ont point la Publicienne de leur propre chef, ils l'auront presque toujours du chef de leur auteur.

Prenons l'exemple d'un *bonorum possessor*.

Si le défunt était propriétaire prétorien, il avait la Publicienne, ses héritiers civils ou prétoriens auront aussi cette action. Dans ce cas donc, la propriété prétorienne et le droit garanti par la Publicienne seront identiques.

Si le défunt avait la propriété quiritaire, cela ne l'empêche pas d'avoir aussi la propriété prétorienne garantie par la Publicienne [24]. Ce cumul des deux propriétés se produit dans l'immense majorité des cas. Là encore l'héritier prétorien succédera à la Publicienne de son auteur, et l'*in bonis* se confondra avec le droit garanti par la Publicienne.

Il ne reste plus qu'une seule hypothèse qui se présentera rarement. Le défunt, quoique propriétaire quiritaire, n'avait point droit à la publicienne : par exemple il avait acquis par mancipation ou cession *in jure* un immeuble ; une chose lui avait été léguée *per vindicationem* et il n'avait encore ni reçu tradition de l'immeuble, ni pris possession de la chose léguée. Or, pour sanctionner par la Publicienne la propriété du préteur, l'Edit de ce magistrat exige que cette propriété se soit révélée au dehors par un acte extérieur, tradition ou prise de possession équivalant à la tradition [25]. Ici donc notre propriétaire quiritaire n'aura pas la Publicienne, et s'il meurt sur ces entrefaites, son héritier civil ou prétorien n'aura pas non plus cette action, avant

24. Voyez *infra* chapitre XVIII.
25. Voyez *infra* chapitres VIII et XIII.

d'avoir reçu tradition, ou pris possession. Voilà le seul cas où l'héritier du droit prétorien, bien qu'ayant l'*in bonis*, ne jouisse pas de la Publicienne. Faut-il en conclure qu'*in bonis* et droit garanti par la Publicienne ne sont pas choses identiques? Ne doit-on pas dire plutôt que l'exception, ainsi réduite à des cas très rares, confirme la règle et la constate, bien loin d'en rendre l'existence douteuse?

Elle la confirme encore à un autre point de vue. En créant la *bonorum possessio* et les institutions analogues, le Préteur n'a pas eu pour but de fonder, au profit de certains individus, un droit de propriété non reconnu par le *jus civile*. C'est un *droit de succession* qu'il a entendu établir pour eux; il a voulu les mettre dans la situation des héritiers du droit civil; *jure prætorio* ils seront donc créanciers des débiteurs du défunt, débiteurs de ses créanciers, et propriétaires de ses biens. La *bonorum possessio* n'est pas une institution destinée à sanctionner la propriété prétorienne, mais le droit de succession prétorien. Par conséquent si nous voulons connaître la nature de la propriété prétorienne ce n'est pas la situation d'un *bonorum possessor* qu'il faudra envisager.

Des motifs tout particuliers ont empêché le Préteur de lui donner la Publicienne; ç'aurait été dépasser le but. Le but, c'est d'assimiler le *bonorum possessor* à l'*heres*; lui accorder l'action publicienne, ç'aurait été le placer dans une situation bien meilleure que celle de l'héritier du droit civil. Ce dernier succède à l'*universum jus quod defunctus habuit*, il ne saurait avoir davantage. Si le défunt était propriétaire quiritaire, l'héritier aura la revendication; il aura la Publicienne, si le *de cujus* jouissait de cette action. Le *bonorum possessor*, grâce à la fiction des formules qui le font considérer comme héritier, obtiendra les mêmes avanta-

ges; mais lui accorder la Publicienne, *alors que le défunt ne l'avait point*, lui permettre de revendiquer ainsi contre les tiers, sans prouver que le *de cujus* était propriétaire (car telle est l'utilité de la Publicienne) c'eût été lui conférer une prérogative dont l'héritier civil ne jouissait pas, et par conséquent dépasser le but que se proposait le Préteur.

Si donc il existe ici des motifs spéciaux de refuser la Publicienne aux héritiers du droit prétorien, bien qu'ils aient l'*in bonis*, nous sommes en présence d'*une exception*, qui comme nous l'avons dit, loin de démentir l'identité de ces deux choses — *in bonis* et droit garanti par la publicienne, — la confirme au contraire. L'expression d'*in bonis* est très large, par conséquent très vague. On ne pouvait pas donner aux héritiers prétoriens le nom de propriétaires quiritaires, puisqu'on ne saurait leur accorder la revendication sans modifier la formule de cette action. Sans doute leur auteur était propriétaire *ex jure quiritium* : ce qui leur manque, c'est la qualité civile d'héritiers. Pour la leur attribuer, le préteur doit intervenir, et, en leur accordant par une fiction cette qualité, il leur donne aussi fictivement et par voie de conséquence, le titre de propriétaires civils. En ce faisant, il n'a pas eu pour but de consacrer une propriété que le *jus civile* ne reconnaissait point, mais un droit de succession extra-légal. Les actions qu'il invente à cet effet ont donc pour but de sanctionner, non pas la propriété prétorienne, mais l'hérédité prétorienne; par suite et à proprement parler, les personnes dont il s'agit ne sont point des *propriétaires prétoriens*, mais des *héritiers prétoriens*, ce qui est bien différent.

Pratiquement, les choses héréditaires sont pourtant *dans leurs biens*, comptent dans leur patrimoine, elles sont donc *in bonis* ; mais on voit clairement qu'en

consacrant ce résultat, le préteur n'a eu nullement en vue de créer une propriété distincte de celle du droit civil, mais d'établir entre deux personnes un rapport héréditaire non reconnu par l'*ipsum jus*.

Ainsi, partout où le préteur entend créer une propriété nouvelle, il donne la Publicienne; au contraire lorsqu'il agit dans d'autres vues, alors même que le résultat de ses fictions serait de mettre dans le patrimoine de certaines personnes des choses qui n'y figureraient point sans cela, la Publicienne n'est pas donnée, parce que la propriété n'est point directement en jeu. Tout cela démontre, ce nous semble, l'identité absolue de la propriété prétorienne et du droit garanti par la Publicienne.

3 *bis*. — On a dit encore que la Publicienne compète à celui qui a acquis de bonne foi *a non domino;* on refuse à cet acquéreur la qualité de propriétaire prétorien, d'où l'on conclut que le droit garanti par la Publicienne et la propriété prétorienne ne sont pas identiques.

Nous entendons soutenir au contraire, et nous aurons à revenir bien des fois sur cette idée, *que l'acquéreur de bonne foi est un propriétaire prétorien*. Cette proposition qui forme la base même de ce travail, le lien qui en réunit les diverses parties, et notamment la troisième aux deux premières, demande quelques explications, car elle choque des habitudes de langage invétérées chez nous.

Pourquoi ne veut-on pas donner à l'acquéreur de bonne foi *a non domino* la propriété prétorienne, pourquoi refuse-t-on de lui attribuer l'*in bonis*?

Parce que son droit n'existe pas à l'égard de tous. S'il se trouve en face du véritable *dominus*, ou seulement d'un autre acquéreur de bonne foi, sous le bénéfice de certaines distinctions dans le détail desquelles

ce n'est pas le lieu d'entrer [26], il échoue dans sa réclamation, il n'est plus considéré comme propriétaire et ne jouit plus des avantages que ce titre confère.

En un mot on lui refuse le nom de propriétaire prétorien, parce que son droit *a un caractère relatif.*

Est-ce là une raison suffisante? Ne connaissons-nous pas chez nous des situations analogues?

Depuis la loi du 23 mars 1855 article 3, dans le cas d'une aliénation immobilière non transcrite, ne peut-on pas être propriétaire vis-à-vis de certaines personnes et ne point l'être à l'égard de certaines autres? L'aliénation non transcrite, on le sait, n'est pas opposable « aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois ». Pourtant personne n'a songé à contester le titre de propriétaire à l'acquéreur.

Par conséquent, le caractère relatif du droit de l'acquéreur de bonne foi dans la législation romaine, ne permet pas de se refuser à voir en lui un propriétaire prétorien. N'a-t-il pas à son service la même action? N'est-il pas protégé par les mêmes exceptions?

Nous ne parlons pas ici des cas, où un simple acquéreur de bonne foi jouit d'un droit opposable à tous, bien qu'ils soient assez nombreux [26 bis], et qu'alors on ne puisse lui refuser l'*in bonis;* nous nous plaçons dans les cas où le caractère relatif de son droit ne saurait être contesté.

26. Voyez *infra* chapitres XVI et XVII.

26 *bis*. 1° Lorsque le vendeur hérite du *verus dominus*, L. 4, § 32, D. *De doli mali except.* 44, 4. — 2° Si après avoir donné mandat de vendre, je défends au mandataire de livrer la chose qu'il a déjà vendue, l'acheteur ne peut pas devenir propriétaire, puisque le mandataire n'est plus autorisé à transférer la propriété. Mais, quoique simple acheteur *a non domino*, il pourra opposer à ma revendication l'exception: *si non auctor meus ex voluntate tua vendidit.* L. 14, D. *De publiciana*, 6, 2. — 3° Le cas où l'abandon noxal a été fait par un *non dominus*. Voyez *infra* nos 158, 173. — 4° Lorsque le propriétaire devient pour le tout héritier de celui qui a vendu à l'acheteur de bonne foi, L. 14, C. *de evict.* 8, 45. M. Moreau, *op. cit.* p. 107 et s. indique plusieurs autres cas, mais ils soulèvent des objections.

Dans ces cas, de deux choses l'une :

Ou bien notre acquéreur se trouve en présence d'une personne ayant un droit préférable au sien. Alors les avantages dont il jouit se réduisent à ceux que procure la possession de bonne foi de la chose d'autrui : il fait les fruits siens dans la mesure que l'on connaît, il peut exercer le droit de rétention à raison de certaines impenses;

Ou bien au contraire notre acquéreur se trouve en face d'autres personnes que celles dont nous venons de parler et dont la liste est fort limitée ; et alors, à l'égard de tout le monde, sauf ces personnes, il a, nul ne le contestera, tous les droits que l'on reconnaît à l'acquéreur *a domino*. Dans cette seconde hypothèse, il n'y a entre eux aucune différence si légère qu'elle soit, et si l'on attribue l'*in bonis* à l'un, il faut aussi le reconnaître chez l'autre.

Il ne faudrait pas croire d'ailleurs que des personnes autres que l'acquéreur *a non domino*, ne puissent pas avoir, *jure prætorio*, un droit présentant le même *caractère relatif* que celui de l'acquéreur de bonne foi.

Ainsi, par exemple, l'acheteur au comptant qui a reçu tradition mais qui n'a pas payé son prix, n'en est pas moins propriétaire prétorien vis-à-vis de tous, excepté son vendeur [27].

Le donateur à cause de mort, sous condition résolutoire, redevient *propriétaire prétorien* après l'arrivée de la condition résolutoire, mais sa propriété n'est opposable qu'au donataire et à certains ayants cause de celui-ci [28]. Voilà encore un propriétaire relatif.

Mais pour prendre un cas incontestable, l'*in bonis* est un droit relatif pour les *bonorum possessores*,

27. Nous espérons démontrer cette proposition au Chapitre XII.
28. Voyez *infra* Chapitre XXIV, section VI. — Dans ce Chapitre XXIV, nous essaierons de justifier cette proposition.

héritiers du droit Prétorien. Gaius (III, § 180) leur attribue l'*in bonis*, sans distinguer si la *bonorum possessio* qui leur est accordée est une *bonorum possessio cum re* ou *sine re*, et, du temps de Gaius, la *bonorum possessio* accordée à d'autres qu'à l'héritier du droit civil est généralement *sine re*; d'ailleurs c'est de ce cas là que parle Gaius, car si la *bonor. possessio* était donnée à l'*heres*, il serait propriétaire *pleno jure*, c'est-à-dire selon le droit civil, comme au point de vue prétorien, et il n'aurait pas seulement l'*in bonis*. Pourtant l'*in bonis* du *bonor. possessor sine re* est une propriété essentiellement relative ; elle n'a point d'efficacité vis-à-vis de l'héritier qui triomphera du *bonorum possessor* ; ce dernier au contraire l'emportera contre toute autre personne que l'*heres*.

En résumé, l'on voit que ce caractère relatif du droit de l'acquéreur de bonne foi ne lui est pas exclusivement propre, qu'il s'applique aussi parfois à des situations où l'on ne conteste pas qu'il s'agisse de l'*in bonis*.

4. — D'ailleurs les sources ne font aucune différence entre l'acquéreur de bonne foi et l'acquéreur *a domino*, tant que le premier ne se trouve pas en face d'un droit supérieur au sien.

Tel est le sens d'un texte bien connu, la L. 136, D. *De regulis juris*, 50, 17 :

Bona fides tantumdem possidenti præstat quantum veritas, quotiens lex impedimento non est. (Paul. lib. 18 ad Ed.).

Ces mots, que Paul écrivait au livre 18 de son traité sur l'Edit, semblent le prélude du commentaire de l'action publicienne dont il s'occupe au livre 19. La possession de bonne foi vaut propriété toutes les fois que la loi n'y met pas obstacle, et la loi n'y peut mettre obstacle que pour sauvegarder un droit supérieur à celui du possesseur de bonne foi.

En dehors de ce cas, le possesseur de bonne foi a véritablement l'*in bonis*.

Ce n'est pas là une conjecture; les sources le disent expressément. Les deux seuls textes qui, à notre connaissance aient défini l'*in bonis*, y font rentrer la possession de bonne foi.

L. 49, D. *De verborum significatione*, 50, 16 :

In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quæ dominii nostri sint, sed etsi bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. (Ulpien.)

Le rapprochement du droit du superficiaire est significatif. Ce droit sur les constructions et non sur le sol, inconnu du *jus civile*, [29] a reçu du préteur seul sa protection [30].

C'est en cela qu'il ressemble à l'*in bonis*, et l'*in bonis* peut consister dans la possession de bonne foi.

L. 52, D. *De adq. rer. dom.* 41, 1. (Modestin).

Rem in bonis nostris habere intelligimur quotiens possidentes exceptionem, aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus.

Le possesseur de bonne foi a une action, la Publicienne, pour reprendre la possession perdue; il a aussi, pour se défendre contre d'autres acquéreurs de bonne foi, une exception, l'exception d'une Publicienne égale [31]. Il répond donc parfaitement aux termes de la définition. Il a l'*in bonis* vis à-vis de tous ceux contre lesquels il l'emporterait grâce aux armes offensives ou défensives dont le préteur l'a muni.

Un autre texte confirme encore cette manière de voir.

L. 190, D. *De regul. juris*, 50, 17.

Quod evincitur, in bonis non est. (*Celse*).

29. L. 41, § 1 *in fine*, D. *De obl. et act.* 44, 7.
30. Dig. *De superficiebus*, 43, 18.
31. Voyez *infra* chapitre XVII.

Celse ne dit point : « ce qui peut être évincé », mais « ce qui est évincé ». Cela n'a de sens que si l'on admet qu'avant l'éviction la chose était *in bonis*, et qu'après l'éviction elle n'y est plus. Or, puisqu'on en a été évincé, c'est qu'on n'en était point propriétaire, c'est qu'on avait acquis de bonne foi *a non domino*.

Par application du principe : « *Bona fides tantumdem possidenti præstat quantum veritas* », les textes nous montrent le possesseur de bonne foi traité de tout point comme un véritable propriétaire.

La défense d'aliéner les *prædia rustica* des pupilles s'applique aux immeubles possédés de bonne foi [32].

On peut valablement constituer en dot un objet que l'on possède de bonne foi [33].

La donation entre époux d'un objet possédé de bonne foi par le donateur est interdite comme s'il en était propriétaire [34].

Le possesseur de bonne foi peut constituer une hypothèque qui sera valable à l'égard de tous ceux dont il triompherait par la Publicienne [35].

Le possesseur de bonne foi est de plein droit passible de l'action noxale et jouit du bénéfice de l'abandon noxal [36].

On pourrait sans doute multiplier les exemples.

Par conséquent, il n'y a point à tracer, entre l'acquéreur *a domino*, entre celui qu'on appelle le propriétaire bonitaire, que nul ne peut évincer, et celui qui, de bonne

32. L. 5, § 2, D. *De rebus eorum*, 27, 9. Nous mettons entre crochets la restitution par laquelle Mommsen (*Digesta ad. h. l.*) comble la lacune que présente évidemment ce texte : *Si pupillus alienum fundum bona fide emptum possideat, dicendum puto nec hunc alienare tutores posse : ea enim quæ quasi* [nostra bona fide possidemus, quodammodo nostra sunt. Si fundum tutor vendidit qui ejus est, quasi pupillaris] *vero distractus est, venditio valet.*

33. L. 6, § 1, D. *De jure dot.* 23, 3.

34. Seule manière plausible de concilier L. 3, D. *Pro donato*, 41, 6, et L. 25, D. *De don. inter*, 24, 1. Voyez aussi L. 46, D. *eod.*

35. L. 18, D. *De pignor.*, 20, 1. — L. 29, D. *De pigner. act.*, 13, 7.

36. L. 28, D. *De noxal. act.*, 9, 4.

foi, a traité avec un non propriétaire, une ligne de démarcation nette et tranchée. Les deux situations ne diffèrent que par le caractère relatif du droit du possesseur de bonne foi.

D'ailleurs il y a des possesseurs de bonne foi que nul ne peut évincer [37].

Et d'autre part il y a des acquéreurs *a domino* qui n'ont pas l'*in bonis* dans le sens qu'on attache souvent à ce mot, des acquéreurs dont la position n'est pas inattaquable; je ne parle pas seulement de ceux qui ont traité avec un incapable [38], mais surtout du cas d'aliénation extorquée par violence. Cette acquisition-là n'est pas faite *ex justa causa*, l'acquéreur ne saurait avoir la Publicienne; en tous cas l'action serait inefficace à l'égard du violenté [39].

Nous venons de voir que les Romains n'hésitent pas à attribuer l'*in bonis* au possesseur de bonne foi.

Réciproquement on les voit donner le nom de possesseur de bonne foi à un acquéreur que personne ne peut déposséder, qu'ils considèrent comme propriétaire au point d'appeler son droit un *dominium*, bien que ce ne soit, sans aucun doute, qu'une propriété prétorienne.

Nous voulons parler du cas où, pour subvenir d'urgence aux frais funéraires d'un citoyen, le Préteur fait vendre quelques-uns de ses biens. L'acheteur n'est certainement pas un propriétaire quiritaire, il tient son droit du Préteur et ne sera protégé que par lui. Or, voici ce que dit Ulpien de cet acheteur.

Bonæ fidei possessor est et dominium habet qui auctore Judice (c'est-à-dire *Prætore*) *comparavit*. L. 14, § 1, D. *De religiosis*, 11, 7.

37. Voyez *supra* note 26 *bis*.
38. Voyez *infra* n° 117.
39. Voyez infra Chapitre XXII.

Celui que la Publicienne garantit, qu'il tienne ou non la chose du *dominus*, c'est un propriétaire prétorien; et ce propriétaire prétorien, à qui l'usucapion donnera bientôt le *dominium* du droit civil, c'est en définitive *un propriétaire quiritaire qui fait son stage*. Il n'a pas encore le droit de prendre le titre et les insignes de cette propriété romaine, mais en attendant (et son attente ne sera pas longue) il en a tous les attributs utiles [40]. Peut-être rencontrera-t-il par le monde un droit supérieur au sien, mais tant que cette éventualité ne se réalise point, il est le maître de la chose, et, dans les limites d'ailleurs si larges de son pouvoir, le Magistrat le protège contre tous comme un véritable propriétaire.

La règle : « *Bona fides tantumdem possidenti præstat quantum veritas, quotiens lex impedimento non est*, renferme d'ailleurs une idée profondément vraie; elle nous montre une fois de plus la méthode des Prudents, qui ne sont point des théoriciens d'école, mais de grands praticiens, rompus aux affaires, connaissant tous les détails, tous les rouages de l'administration et de la justice : des hommes pour qui le droit ne se sépare jamais de son application usuelle aux choses de la vie.

En théorie, on est propriétaire ou on ne l'est pas; en pratique la question de preuve complique beaucoup la situation.

40. Sa situation n'est guère inférieure à celle du propriétaire quiritaire, et les désavantages qu'elle présente ne sont pas longs à énumérer. (Voy. Moreau, *op. cit.* p. 130 à 136. — N'étant pas propriétaire quiritaire, il ne saurait user des modes d'aliénation qui ne transfèrent que le *dominium* : la mancipation, la cession *in jure*, le legs *per vindicationem*. De même pour les droits réels civils (Frag. Vat. § 47. — Gaius, II, § 94). Ce n'est pas une grande privation, car il lui reste la tradition, moyen aussi commode que les autres sont gênants. Il ne peut pas faire de l'esclave qu'il a *in bonis* un citoyen romain en l'affranchissant; l'esclave est libre, mais seulement en qualité de Latin-Junien. Ce n'est pas le maître qui en souffre, bien au contraire, car la succession de son affranchi ne pourra lui être enlevée ni par les enfants de cet affranchi ni par ses héritiers testamentaires : le Latin-Junien vit libre, mais meurt esclave (Gaius, III, § 56). Si celui qui a conservé sur cet esclave le *nudum jus quiritium*, réitérait l'affranchissement, il n'y gagnerait qu'une chose, l'avantage (?) d'être chargé le cas échéant de la tutelle de l'affranchi !

Théoriquement, le demandeur doit faire la preuve de son droit, la preuve intégrale, absolue ; il faut qu'il inspire au juge une certitude.

Le défendeur n'a qu'à se croiser les bras.

En pratique, les choses se passent tout autrement.

D'une part, le demandeur pourra très rarement fournir des preuves si concluantes qu'elles ne laissent place à aucun doute. En mettant tout au mieux, il démontrera peut-être qu'un jour il a acquis en effet la propriété de l'objet, jamais il ne prouvera qu'il en est *actuellement* le maître. Mais, de cette acquisition prouvée, on conclura, par une présomption pleine de vraisemblance, qu'il a gardé jusqu'à présent la propriété acquise, du moins tant qu'on ne prouvera pas qu'il l'a perdue, et cette dernière preuve incombe au défendeur.

D'autre part, en pratique, ce défendeur ne se bornera jamais à opposer au demandeur la force d'inertie. Non seulement il discutera la valeur des preuves alléguées, la sincérité des témoignages produits, l'applicabilité des titres représentés, mais encore il cherchera toujours à ruiner par la base la prétention de l'adversaire, en prouvant que c'est à lui défendeur qu'appartient la propriété, persuadé, selon une tactique souvent recommandée, que le meilleur moyen de se défendre, c'est de prendre l'offensive. — Subsidiairement, et s'il ne réussit pas à convaincre le juge, il sera toujours temps pour lui, après cette sortie infructueuse, de se renfermer dans ses retranchements.

Parfois les deux parties invoqueront des moyens si spécieux que, si le juge avait entendu l'une ou l'autre d'entre elles isolément, il eût été convaincu de son bon droit. Souvent l'embarras naîtra, non pas de ce que les preuves manquent, mais de ce qu'elles se contredisent. — Quel est le témoin qui se trompe ou qui ment ; entre ces deux actes, quel est celui qui s'applique réellement

au terrain litigieux; où finit le champ du voisin, où commence le mien? Sans doute, si, malgré les efforts du juge, la lumière ne se fait pas pour lui, si la conviction ne vient pas, le défendeur devra l'emporter, mais on n'en arrive là qu'en désespoir de cause, lorsque la balance reste en équilibre; le moindre poids la ferait pencher parfois du côté du demandeur.

Par conséquent, en pratique, il s'agit, non pas de rechercher si le demandeur réalise parfaitement en sa personne les conditions théoriques et abstraites qui fondent le droit de propriété, mais de peser deux prétentions contradictoires et d'estimer leur valeur, non pas absolue, mais relative. Cette valeur s'apprécie et se mesure, non en la comparant à un type idéal, mais par rapport à la prétention adverse. Il y a là quelque chose d'analogue aux deux termes d'une fraction : peu importe que les chiffres en soient grands ou petits, ce qui détermine la valeur de l'expression, c'est le rapport entre ces deux termes : le défendeur ne l'emporte que s'ils sont sensiblement égaux.

Ne l'oublions point : la preuve parfaite, la preuve absolue d'un droit actuel, c'est, dans l'immense majorité des cas, un idéal dont on cherche à se rapprocher, mais qu'on ne saurait espérer atteindre. On reproche parfois aux hommes d'Ecole une tendance à devenir des abstracteurs de quintessence, à oublier le côté pratique des choses, à raisonner sur des droits certains, absolus et parfaits, comme le font les géomètres sur leurs lignes sans épaisseur. Ce sont là des conceptions de l'esprit, utiles sans doute, nécessaires même; sans elles il n'y a point de science possible, mais n'oublions jamais qu'en définitive tout doit aboutir à l'application, que le droit est fait pour la vie pratique, et non pas la vie pratique pour le droit.

Dès lors il n'y a point de raison de refuser le nom

de propriétaire à l'acquéreur de bonne foi, tant qu'il ne se trouve pas en présence de personnes ayant un droit égal ou supérieur au sien, car en pratique le droit de propriété ne peut être séparé de sa preuve, et la preuve sera plus ou moins concluante selon les moyens de défense qui lui seront opposés.

Tel, agissant contre Pierre, se fera proclamer propriétaire, qui plus tard perdra son procès plaidant contre Paul.

La règle : *Bona fides*... etc. renferme donc l'expression d'une vérité profonde et pratique, elle tient compte de cette notion d'expérience journalière : ne cherchons point l'absolu, il n'est point de ce monde.

5. — De tout cela ne doit-on pas conclure que pour traiter de la propriété prétorienne, il faut faire comme les Romains et se placer au point de vue de l'action qui la sanctionne. Si nous la négligeons, que saurons-nous sur cette grande institution, dont les Prudents eux-mêmes ne nous parlent qu'à propos et sous la rubrique de l'action réelle prétorienne ? On le sait, ces hommes pratiques considèrent rarement le droit à l'état de repos, ils se le figurent en mouvement, *en action*. N'ont-ils pas raison d'ailleurs ? Comment mesurer une force, sinon en lui opposant une résistance ?

L'action publicienne, voilà donc le terrain ferme, riche en matériaux solides, avec lesquels on peut, si les forces ne trahissent pas l'ouvrier, espérer reconstruire en partie l'édifice ancien, ou du moins en tenter l'essai.

Seulement, il faut de toute nécessité appeler à son aide une méthode très rigoureuse, pour éviter de se perdre dans le vague des conjectures plus ou moins plausibles. Il importe de s'avancer avec précaution, de mettre toutes les doctrines, quelles que soient les autorités imposantes dont elles se recommandent, à l'épreuve

du doute systématique, de ne jamais jurer sur la parole du maître, de n'émettre aucune proposition sans la justifier, de ne rien laisser d'inexploré, si mince que puisse paraître le détail, enfin de ne porter un pied en avant que lorsque l'autre semble établi sur un terrain solide.

Voilà ce que nous nous sommes efforcés de faire. *Hoc erat in votis!* Nous avons abordé la propriété prétorienne par la voie de la Publicienne; la route est longue, parfois fastidieuse : c'est, à notre gré la seule qui puisse mener au but.

Aucune idée préconçue n'a dicté les conclusions de ce travail. On ne songeait pas au début à traiter un aussi vaste sujet, mais, ayant eu l'occasion d'exposer dans un cours de doctorat les principes de l'action publicienne, on s'est aperçu au bout de la tâche, que c'était, au fond, de la propriété prétorienne que l'on avait parlé [41]. « La dernière chose qu'on trouve en faisant un livre », disait Pascal, « c'est celle qu'il faut mettre la première ».

Ainsi, à nos yeux, le droit du possesseur de bonne foi est identique à celui du propriétaire bonitaire; dans les deux cas il s'agit de la propriété prétorienne [42]. C'est le même droit, qui chez l'un s'exercera à l'encontre de tous, et qui chez l'autre s'effacera devant un droit préférable.

Ce droit est sanctionné par l'action publicienne; rechercher comment cette action s'acquiert et dans

41. Nous avions publié sur ce sujet, dans la *Nouvelle Revue historique*, 1885, 1886, et dans la *Revue générale du droit* (1885) quelques articles, qui, refondus, retouchés, ou complétés, trouveront leur place dans ce livre.

42. Pour plus de clarté nous réserverons le nom de propriétaire bonitaire à l'acquéreur *a domino*, que personne ne peut évincer. — Les mots de *propriétaire prétorien* ou de *possesseur publicien*, s'appliqueront au contraire à tous ceux qui peuvent user de la publicienne. — Quand nous dirons propriétaire, ou propriété, sans ajouter d'épithète, il s'agira toujours de la propriété quiritaire.

quels cas on la perd, c'est étudier l'acquisition et la perte de la propriété prétorienne.

Si telle est l'importance de la Publicienne, on comprendra aisément que peu de matières aient été aussi fréquemment traitées [43]; aucune ne mérite d'attirer davantage l'attention des interprètes du droit romain. La publicienne est intimement liée, on le voit, à l'histoire du droit de propriété à Rome. Elle repose en effet sur la *tradition*, et la tradition est venue remplacer les modes formalistes qui servaient au transfert des droits réels. Le droit qu'elle sanctionne, bien qu'évidemment réel, peut n'être assuré du triomphe que vis-à-vis de certaines personnes, il présente donc parfois un caractère *relatif* des plus remarquables. L'acquéreur avec juste titre triomphe du possesseur sans titre, ou de celui qui a reçu du même auteur une tradition postérieure en date; il échoue contre le *verus dominus* à moins qu'il ne puisse opposer une réplique à l'exception *justi dominii*. A côté du droit absolu de propriété quiritaire, pour lequel il n'y a point de milieu entre l'être et le non-être, il y a donc un autre droit, très analogue, droit prétorien et non pas civil, qui n'est pas toujours protégé envers et contre tous, mais parfois contre certaines personnes seulement,

43. Voyez dans Gimmerthal (*Die publicianische Klage und die Mancipation* Bremen, 1881) la bibliographie jusqu'en 1866. La liste de *quarante-huit* auteurs qu'on y trouve présente encore des lacunes. On y cherche en vain Pellat, pourtant fréquemment cité par M. Vangerow. Depuis lors, la littérature juridique s'est enrichie de travaux d'une haute valeur. (Voyez Bibliographie). — En France, après l'ouvrage magistral de Pellat (*Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété*, 1853, contenant un commentaire des titres *De reivindicatione*, *De publiciana in rem actione* et *Si ager vectigalis*) bien des thèses de doctorat ont sans doute traité de la Publicienne, aucune de celles que nous avons parcourues ne présente de vues nouvelles sur la question, aucune ne paraît avoir profité des travaux allemands. Les traités généraux se sont aussi contentés de résumer le livre de Pellat. Le mérite éminent de cet ouvrage a donc eu l'inconvénient de rendre stationnaire la science française. Nous n'avons garde d'oublier pourtant le savant article de M. Cuq sur l'Édit publicien (*Nouv. Rev. hist.*, 1877, p. 623 et s.). Cette intéressante étude se restreint malheureusement à deux points, le texte de l'édit et la publicienne rescisoire.

et qui jouit ainsi d'une existence purement relative [44].

6. — Ce caractère quelquefois relatif du droit garanti par la Publicienne, se dévoile aussi à un autre point de vue.

La propriété civile est un droit absolu, non seulement en ce qu'il existe *erga omnes*, mais encore en ce qu'il est perpétuel de son essence; l'on devient propriétaire à toujours, ou l'on ne devient point du tout propriétaire. De même que le *dominium* existe aussi bien à l'égard de telle personne qu'à l'égard de telle autre, de même aussi il n'est point limité à telle ou telle durée du temps, mais il existe à perpétuité [45].

Au contraire, pour jouir de la Publicienne, il faut remplir les conditions voulues par le texte de l'édit, il faut avoir reçu tradition en vertu d'une *justa causa*, et pour raisonner dans un cas concret, il faut par exemple, *avoir acheté*.

Or, la vente peut être affectée de conditions résolutoires. N'existant que par le consentement des parties, elle peut perdre toute existence si les parties ont voulu que leur consentement s'anéantît dans telle ou telle circonstance donnée. La volonté, maîtresse d'elle-même, peut en effet s'annihiler par avance pour le cas où tel événement se produirait. Lorsque la condition résolutoire s'accomplit, l'objet que vous avez acheté n'est plus acheté, il est *inemptus*, *invenditus*. Dès lors l'acheteur, ne pouvant plus dire qu'il a acheté, ne remplit plus les conditions voulues pour la Publicienne. Cette action ne lui compète plus, et, au point de vue du Préteur, il cesse d'être propriétaire. Au point de vue du droit civil au contraire, la propriété, *si elle m'a été*

44. Ce droit peut même n'être garanti que vis-à-vis d'une personne déterminée, dans le cas où, sur la délation de son adversaire, une personne a juré être propriétaire. La Publicienne ne lui compète alors que contre celui qui a déféré le serment Voyez *infra* n°s 195 à 199.

45. Voyez *infra* Chapitres XXIII, XXIV et s.

transmise, m'a été acquise à toujours, pour que je la perde, il faut nécessairement qu'il intervienne un élément nouveau, un acte juridique propre à transférer cette propriété sur la tête d'une autre personne.

La propriété garantie par la revendication est donc absolue quant aux personnes et quant à la durée ; celle que la Publicienne sanctionne, en d'autres termes la propriété prétorienne, peut au contraire n'exister que vis-à-vis de certaines personnes, ou pour une certaine portion de la durée.

7. — A l'inverse, il peut arriver que le droit protégé par la Publicienne, c'est-à-dire la propriété prétorienne, soit plus stable que celui qui engendre la revendication [46].

La revendication, fondée sur un droit reconnu par le *jus civile*, s'évanouit nécessairement avec lui. Qu'un tiers usucape votre bien, et vous ne pouvez plus revendiquer, puisque vous ne pouvez plus dire avec vérité, que vous êtes propriétaire.

La Publicienne, au contraire, n'est point basée sur un droit, mais sur un fait : avoir reçu tradition *ex justa causa*. De ce fait la loi civile ne fait sortir aucun droit, avant que le temps n'ait, par l'usucapion, consacré la situation acquise. Le Préteur, au contraire, attache à ce fait une action ; qu'importe alors que, si j'eusse été propriétaire, j'aurais perdu la revendication ? Les actes juridiques qui éteignent les droits perdent leur force contre de simples faits, dont l'existence obstinée défie tous les efforts : « rien n'est plus têtu qu'un fait, » a dit un écrivain, et la loi romaine proclamait avant lui cette vérité presque banale : *facti enim causæ infectæ fieri non pos-*

46. Nous allons exposer ici, dans ses grandes lignes, le système soutenu par Schulin. (*Ueber einige*, etc., voyez Bibliographie). A notre gré, il doit subir d'assez sérieuses modifications que nous indiquerons plus loin, Chapitres XX, XXI, XXII, surtout XXIII *in fine*, nos 282, 283.

sunt[47]. Rien ne peut empêcher que j'aie reçu tradition *ex justa causa*, et par conséquent la Publicienne me compète toujours. Peut-être l'action sera-t-elle rendue inefficace par certaines exceptions, mais là n'est pas la question; d'ailleurs, ces exceptions, le Préteur pourra parfois refuser de les insérer [48] ou donner contre elles des répliques qui en briseront l'effet ; dans ces cas-là on comprend l'utilité de la Publicienne conservée, alors que la revendication serait perdue.

Si ce que nous venons de dire est vrai pour celui qui, simple *possesseur publicien*, n'a point droit à la revendication, ne doit-on pas donner la même faveur au propriétaire, qui, de l'aveu de tous, a le choix entre les deux actions, car la revendication n'exclut pas la Publicienne ; ne doit-on pas lui conserver l'action prétorienne, même après qu'il a perdu celle du *jus civile* ?

La propriété civile peut encore être perdue par suite de la transformation de son objet : tels sont les cas de spécification, de plantation d'un arbre appartenant à autrui, du tableau peint sur la planche d'autrui. La Publicienne, nous le montrerons, s'étend aux produits et accessoires de l'objet pour lequel cette action compétait, le titre et la tradition de l'objet principal suffisent pour justifier notre action en ce qui touche les accessoires. N'en est-il pas de même pour l'objet transformé? La Publicienne (et par conséquent la propriété prétorienne) ne survit-elle pas ici à la revendication ? N'est-ce pas l'*utilis actio* dont parlent les textes [49].

Lorsque l'aliénation a été volontaire, il faut sans doute admettre que l'on a perdu, non seulement la revendication, mais encore la Publicienne, car alors on

47. L. 12, § 2, D. *De captivis*, 49, 15.
48. L. 57, D. *Mandati*, 17, 1.
49. C'est l'ingénieuse théorie exposée avec un grand talent, et (chose rare) une clarté parfaite par Schulin, dans son livre *Ueber einige Anwendungsfalle der Publiciana*.

a renoncé à jamais à se prévaloir de la *justa causa* qui servait de base à cette action.

Mais ne peut-il pas arriver pourtant que cette renonciation doive être considérée comme nulle et non avenue au point de vue de l'équité, qui est celui du préteur, lorsque l'aliénation a été extorquée par violence? La renonciation ne tombera-t-elle pas aussi, l'aliénateur ne recouvrera-t-il pas la Publicienne, et avec elle la propriété prétorienne, lorsqu'il a aliéné sous condition résolutoire, et que la condition est accomplie? L'action réelle, qualifiée parfois d'action utile, que des textes d'Ulpien et des constitutions impériales accordent à l'aliénateur sous condition résolutoire, ne serait-elle pas la Publicienne, préférable à l'action personnelle, mais qu'on peut pourtant accorder sans renverser le vieux principe qui régit la propriété civile : *proprietas ad tempus transferri nequit*, tandis qu'on le violerait si l'on donnait la revendication?

Schulin, qui s'est beaucoup occupé de cette question (*op. cit.*), étend encore plus loin les applications de la Publicienne. L'acquisition qui s'est produite au profit d'une personne, est quelquefois considérée comme ayant eu lieu au profit d'une autre personne. L'*utilis vindicatio* donnée par les textes au pupille, au soldat, à l'époux donateur pour réclamer les choses achetées, avec leur argent, par le tuteur, gérant d'affaires ou conjoint donataire, et même l'action réelle conférée par Justinien à la femme dotale, paraissent à l'auteur cité de nouvelles applications de la Publicienne.

Sans nous prononcer à cet égard, nous nous contenterons de renvoyer à l'excellente thèse de Doctorat, que l'un de nos bons élèves, M. Duringe, a consacrée, sur notre conseil, à l'étude de ces questions. (Duringe, Thèse, Lyon, 1887 : *De quelques cas d'application de l'action réelle utile en droit romain. — Des conditions de la ré-*

légation des récidivistes en droit français.) Les textes principaux sont : L. 2, D. *Quando ex facto tutoris*, 26, 9; L. 3, C. *Arbit. tut.* 5, 51 ; L. 8, C. *De reiv.*, 3, 32 ; L. 55, D. *De don. inter*, 24, 1 ; L. 30, C. *De jure dot.*, 5, 12. Voy. aussi Drey, op. cit.

En résumé, sur quelles bases juridiques repose l'action réelle utile accordée à la victime de la violence [50] au donateur à cause de mort[51], au donateur *sub modo* [52], au fiancé pour reprendre ses cadeaux en cas de rupture de fiançailles [53], à l'ancien propriétaire de la matière spécifiée [54], ou de l'arbre qui a pris racine dans le terrain d'autrui, du tableau peint sur le bois d'autrui [55] ?

8. — Enfin les problèmes parfois obscurs que soulève la théorie de l'usucapion et particulièrement les difficultés que fait naître la notion du juste titre, les vices qui empêchent l'usucapion, tout cela rentre aussi dans l'étude de la Publicienne; considérées à ce point de vue particulier, les questions difficiles s'éclairent parfois d'une vive lumière.

Voilà un aperçu, d'ailleurs très incomplet, des difficultés que met en jeu la théorie de la publicienne.

Tant de questions nouvelles, soulevées depuis la dernière édition (1853) du chef-d'œuvre de Pellat, et qui, en France, n'ont fait encore l'objet d'aucun examen approfondi, tant de points de vue nouveaux ouverts sur des controverses anciennes, tant de travaux récents dus à la plume d'éminents romanistes, tout cela

50. L. 9, §§ 4, 6, D., *Quod metus causa*, 4, 2. — L. 3, C., *De his quæ vi*, 2, 20. — Paul, S. R., I, 7, §§ 4, 6.

51. L. 29, L. 30, D., *De mort. causa don.*, 39, 6.

52. L. 1, C., *De don. quæ sub modo*, 8, 55.

53. L. 15, C., *De don. ante nupt.*, 5, 3.

54. L. 29, § 1, L. 30, D., *De don. inter vir. et ux.*, 24, 1.

55. L. 5, § 3, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 9, § 2, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — G., II, § 78. — J., II, 1, § 34.

explique qu'on ait pu songer, non pas à refaire, mais plutôt à compléter l'œuvre de Pellat, et à s'engager ainsi dans une entreprise qui autrement aurait pu paraître inutile ou téméraire.

CHAPITRE II

Historique, origine de la propriété prétorienne et de la Publicienne.

9. — La Publicienne est postérieure à la loi Æbutia. — 10. Son origine doit coïncider avec la révolution économique et monétaire de la fin du VIe siècle de Rome. — 11. Il y a un lien intime entre l'abandon de la procédure des *vindiciæ*, particulière aux actions de la loi, et la création de la Publicienne. — 12. Remplacement des *vindiciæ* par les interdits *retinendæ possessionis*. — 13. La Publicienne inventée pour sauvegarder un intérêt que les *vindiciæ* protégeaient tant bien que mal, celui de l'acquéreur avec juste titre, ayant perdu la possession. — 13 *bis*. Les *vindiciæ* sont la source de la Publicienne et des interdits *retinendæ possessionis*.

9. — « *Quæ actio publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio prætore in edicto proposita est* » disent les *Institutes*, IV, 6, § 4, *in fine*. A quelle époque vivait ce préteur ? Dès le premier mot commencent les controverses.

Pighius et Sigonius indiquent trois préteurs de ce nom : 1° M. Publicius Malleolus, qui fut consul en 521, et devait, par conséquent, avoir été préteur auparavant ; — 2° L. Publicius Malleolus, préteur en 516 ; — 3° Q. Publicius, mentionné par Cicéron [1].

1. *Pro Cluentio*, 45 ; parlant d'un de ses clients, il dit : « *quem defendissem apud M. Junium, Q. Publicium prætores* » ; cette défense est de l'an 685.

Mais les deux premières dates sont inadmissibles. En effet, tant que subsista le système des actions de la loi, le préteur ne put créer une action réelle qui suppose nécessairement l'existence du système formulaire.

A la vérité on ne sait pas exactement la date de la loi Æbutia qui porta le premier coup à l'ancienne procédure. Mais nul ne la suppose antérieure à 520[2]. Or, les deux premiers préteurs en question ayant rempli cette charge avant l'année 520, ne peuvent être les inventeurs de la publicienne.

Reste Quintus Publicius (685). Mais Cicéron ne cite Publicius qu'après Junius, et l'on nomme toujours le préteur urbain le premier[3], donc ce Publicius devait être préteur pérégrin. Or, il n'est pas possible que la publicienne ait été créée par l'édit du préteur pérégrin, car cette action s'appuie sur la fiction de l'usucapion, par conséquent elle ne peut, en principe, être intentée que par des citoyens romains, qui seuls peuvent usucaper; elle n'aurait servi de rien à un pérégrin[4].

10. — D'un autre côté la publicienne doit être bien antérieure à 685, date probable de la préture de Quintus Publicius. Nous ne croyons pas, ainsi qu'on le

2. Des trois tribuns du nom d'Æbutius que l'on connaît, le plus ancien est de 520 (les deux autres de 577 et 583). En outre, on démontre aisément (Ortolan, t. I, § 245) que la loi Æbutia doit être postérieure à 520.

3. Festus : Majorem consulem.... *Prætorem autem majorem urbanum, minores ceteros.*

4. En ce sens Huschke, p. 117. — Objectera-t-on avec Gimmerthal, p. 62 et § 12, qu'au contraire la création de la publicienne doit être attribuée au préteur pérégrin, pour protéger le citoyen romain qui avait acquis des *res mancipi* de pérégrins et par conséquent par la tradition? En admettant même, ce qui aurait besoin d'être démontré, que la tradition d'une *res mancipi*, faite par un pérégrin à un citoyen, ne rendit pas celui-ci propriétaire quiritaire, ce citoyen avait tout autant besoin, sinon plus, d'être protégé contre ses concitoyens que contre les pérégrins. C'est contre d'autres citoyens qu'il aura le plus souvent à intenter l'action qui sanctionne son acquisition. Or, les procès entre citoyens sont du ressort exclusif du préteur urbain. Par suite, rien n'indique que l'inventeur de l'action doive être le préteur pérégrin plutôt que le préteur urbain, et d'autre part il est impossible d'admettre que le préteur pérégrin ait inventé une formule dont les pérégrins, ses justiciables ordinaires, n'auraient pu se servir.

verra plus loin, qu'elle ait été imaginée exclusivement pour protéger le propriétaire bonitaire; la situation du possesseur de bonne foi a dû attirer tout autant l'attention bienveillante du législateur; mais enfin il est certain que le propriétaire bonitaire, ayant acquis par la tradition des choses *mancipi*, trouvait dans notre action une sauvegarde nécessaire. Dès que le commerce et la richesse se furent développés dans la république agrandie par ses conquêtes, la mancipation et ses formalités gênantes durent être de plus en plus négligées, et l'on peut affirmer avec vraisemblance que la Publicienne est contemporaine de la révolution économique, résultat des victoires romaines.

La vieille division des choses *mancipi* et *nec mancipi*, basée sur leur valeur [5], à une époque où l'agriculture constituait la seule richesse, perdit son importance lorsqu'affluèrent à Rome les trésors des peuples vaincus. Que de captifs vendus! Le commerce des esclaves prit nécessairement une importance extrême, et l'on dut trouver fort gênante l'obligation de les manciper un à un [6]. Les œuvres d'art, les métaux précieux, toutes ces richesses pourront s'acquérir par la simple tradition, et pour aliéner la moindre bête de somme il faudra réunir une demi-douzaine de citoyens! En dehors de Rome ce sera souvent difficile, même en Italie. A cette époque, la propriété bonitaire devait donc être très fréquente, elle était donc protégée, et ne pouvait l'être que par la Publicienne. Or, cette révolution économique est bien antérieure à l'an 685 de Rome [7].

5. G., I, § 192, « *preciosioribus rebus alienatis.* »

6. Ulp., 19, § 16. — G., I, § 121.

7. A l'issue de la première guerre punique (513), Carthage dut payer 3,200 talents (19 millions de francs). Le traité qui termina la deuxième guerre est de 553; Carthage paya en cinquante ans dix mille talents (54 millions de francs). Scipion rapportait en outre 123,000 livres pesant d'argent et des captifs innombrables. La conquête de la Grèce et la destruction de Carthage (608) firent affluer à Rome les trésors du monde entier. Voy. surtout Belot, *De la révolution économique et monétaire qui eut lieu à Rome au milieu du troisième siècle avant l'ère chrétienne.* Paris, Ernest Leroux, 1885.

Donc cette première date doit être aussi écartée.

Sans vouloir préciser plus que ne le permet l'absence de documents historiques, on peut dire que l'introduction de la Publicienne doit, selon toute vraisemblance, être contemporaine de cette révolution économique, et se placer par conséquent vers la fin du sixième siècle.

11. — Un autre motif concourt à fixer cette date approximative. La Publicienne a dû, ainsi que nous allons chercher à le démontrer en exposant tout à l'heure le système de Huschke [8], suivre de près l'abolition, au moins partielle, des actions de la loi. La date la plus vraisemblable qu'on puisse attribuer à la loi Æbutia est celle de 577 ou 583, suivant d'autres entre 554 et 604 [9], en définitive sur la fin du sixième siècle.

Or, il y a d'après Huschke, et nous croyons qu'il est dans le vrai, un lien intime entre la suppression des *legis actiones* et l'introduction de la Publicienne.

Sous le sytème des actions de la loi et même plus tard, toutes les fois que la cause était portée devant les centumvirs [10], la possession provisoire dans les actions réelles était attribuée à l'un des plaideurs par la procédure des *vindiciæ* [11].

Dans l'attribution de la possession intérimaire, comment se décidait le préteur? Nous savons (G., IV, § 17, *in fine*) que les formalités étaient les mêmes pour la revendication et pour la pétition d'hérédité. Nous pouvons donc raisonner de la pétition d'hérédité à la revendication. Or, en matière de pétition d'hérédité, il est certain que le préteur accordait la

8. Huschke, p. 115 et s.

9. Ortolan, t. I, § 245. — Rivier, *Introduction historique*, § 72. — Accarias, t. II, § 747, p. 825, note 1.

10. Car, dans ce cas on procédait par action de la loi, G., IV, § 31. — Aulu-Gelle, XVI, 10.

11. G., IV, §§ 16, 17.

possession intérimaire, non pas dans tous les cas au possesseur actuel de l'hérédité, mais à celui qui *prima facie* paraissait avoir le meilleur droit [12]. Le préteur devait suivre les mêmes règles en matière de revendication [13], et donner la possession au *propriétaire probable*. La preuve, c'est qu'on appelle *falsæ* les *vindiciæ* accordées au plaideur qui plus tard succombe [14]. Elles sont *falsæ*, mal attribuées, lorsqu'elles ne sont pas données au véritable propriétaire; donc on doit chercher à les conférer au propriétaire probable. Dans l'appréciation de cette probabilité comment le préteur devait-il rationnellement procéder?

S'il s'agissait d'une chose *nec mancipi*, le préteur préférait sans doute au plaideur qui ne produisait aucun titre, celui qui prouvait avoir acheté et reçu tradition : la question de savoir s'il avait acquis *a vero domino* restant réservée pour le fond du procès. — Si les parties produisaient toutes les deux des titres, alors le préteur avait à choisir entre deux idées également soutenables : il pouvait donner la préférence, soit à la possession actuelle, soit au titre le plus ancien [15].

Si la chose revendiquée était *res mancipi*, le préteur, s'il ne se fût inspiré que du droit civil, aurait dû sans doute ne point avoir égard à un achat suivi de tradition, puisque la tradition ne pouvait ici, *jure civili*, transférer la propriété. Cependant, si nous examinons ce qui se passait en cas de pétition d'hérédité,

12. Voy. Accarias, t. II, § 441. — Cic., *in Verrem*, 2me act., I, 44, 45. — Voy. aussi Pline, *Hist. nat.*, VII, 5.

13. Il n'était pas assujetti aux règles établies plus tard dans les interdits possessoires. C'est l'opinion générale : Ortolan, t. III, § 1866. — Accarias, II, § 742, 6°.

14. Cicéron, *pro Milone*, 28, 74. — Loi des XII Tables : *si vindiciam falsam tulit..., fructus duplione damnum decidito*, Aulu-Gelle, 10, 10. — Festus, v° *Vindiciæ*.

15. Notons ce point, nous retrouverons cette idée, lorsque nous chercherons à expliquer la dissidence entre Neratius, L. 31, § 2, D., *De act. empti*, 19, 1, et Ulpien, L. 9, § 4, D., h. t.

l'analogie nous mènera à cette conclusion, que, même dans le cas de revendication d'une *res mancipi*, le préteur devait tenir plus de compte d'un achat suivi de tradition que d'une mancipation dont la cause restait dans l'ombre, et que les mœurs considéraient de plus en plus comme une formalité inutile. Supposons que devant le préteur se présentent, pour réclamer une succession, un agnat du défunt et un individu qui produit un testament scellé des sceaux de sept témoins, mais sans justifier que la *mancipatio familiæ* ait été faite. Un pareil testament n'est rien aux yeux du droit civil, cependant le préteur n'hésitera pas à donner le *bonorum possessio secundum tabulas* à l'institué, et à refuser la *b. pos. unde legitimi* à l'agnat[15 bis]. L'institué aura donc en tous cas les avantages de la situation de défendeur, bien que, *jure civili*, son titre ne vaille rien, C'est sans doute de la même façon que déjà sous l'empire des actions de la loi, la propriété bonitaire, ou la possession de bonne foi, reçurent leur première consécration. Le préteur devait donner les *vindiciæ* à celui qui prouvait avoir acquis en vertu d'un juste titre et par la tradition une *res* même *mancipi*. Voilà la première protection que reçut la propriété prétorienne.

Le plus souvent, d'ailleurs, l'avantage conféré par les *vindiciæ* n'était pas éphémère, et, si l'adversaire ne faisait pas la preuve difficile de son droit de propriété, la chose, dans le doute, restait au possesseur[16], qui bientôt se trouvait, par l'usucapion, à l'abri de toute attaque.

12.— Avec les actions de la loi disparurent les anciennes *vindiciæ*, comme les *prædes litis et vindiciarum* remplacés par la *cautio judicatum solvi*, ou par la *cautio*

15 *bis*. G. II, §§ 119, 120.
16. Voy. Esmein, *Nouv. Rev. hist.* 1877, p. 499.

pro prœde litis et vindiciarum[17]. La question de possession intérimaire fut alors tranchée par le moyen des interdits *uti possidetis* et *utrubi*. Dans les *vindiciœ* il y avait un mélange de possessoire et de pétitoire, en ce sens que les motifs sur lesquels le préteur pouvait s'appuyer pour attribuer la possession intérimaire à l'un plutôt qu'à l'autre étaient tantôt empruntés au fond du droit, à la propriété apparente, et tantôt à l'état actuel de la possession[18]. De là devait résulter un arbitraire fâcheux, et les solutions variaient suivant que le magistrat en exercice attribuait plus d'importance à la possession actuelle qu'au titre, ou réciproquement.

On sait quelle solution prévalut pour le règlement de la possession intérimaire. On l'attribua, en matière immobilière, au possesseur actuel, pourvu que sa possession ne fût pas vicieuse à l'égard de son adversaire; on évitait ainsi le mélange du possessoire et du pétitoire; dans ce but[19] on créa l'interdit *uti possidetis*. Pour les meubles, dont la possession peut changer de mains beaucoup plus facilement, la présomption de propriété fut établie en faveur de celui des deux plaideurs qui avait possédé le plus longtemps dans l'année précédente. Tel était le but de l'interdit *utrubi*.

13. — Mais alors un intérêt respectable, auquel les *vindiciœ* donnaient satisfaction dans une large mesure, va demeurer sans protection.

Le propriétaire bonitaire, l'acquéreur de bonne foi et avec juste titre, pouvaient autrefois, même s'ils perdaient la possession, revendiquer, obtenir les *vindiciœ* en invoquant leur titre et attendre, dans la situation

17. G., IV, §§ 91, 94.
18. En droit canonique, le *possessorium* avait une nature analogue à celle des *vindiciœ*, le possessoire et le pétitoire y étaient mélangés. Voyez le C. *Licet causam*, X, *De probationibus*, 2, 19.
19. Ulpien le constate expressément, L. 1, § 2, D., *Uti possidetis*, 43, 17. « *Hujus autem interdicti proponendi causa hæc fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate.* »

de défendeur, que l'adversaire eût fait la preuve d'un droit meilleur. Maintenant au contraire, s'ils perdent la possession sans pouvoir utiliser les interdits *retinendæ* ou *recuperandæ possessionis*, soit parce que les conditions de ces interdits ne sont pas réalisées, soit parce que la chose a passé aux mains de tiers acquéreurs, ils demeurent sans ressource, même vis-à-vis d'un possesseur sans titre ni bonne foi! Si le préteur se fût borné à organiser les interdits *retinendæ possessionis*, sans créer en même temps la Publicienne, son édit eût mérité les reproches que Cicéron adresse à celui de Verrès [20]. La possession actuelle ne doit pas être investie d'une importance excessive; bonne pour déterminer quel est le défendeur, entre deux plaideurs sans titres, ou dont les titres se balancent, elle doit, si elle est seule, s'incliner devant la bonne foi appuyée sur un titre. La Publicienne donne précisément satisfaction à cet intérêt; par ce moyen l'acquéreur de bonne foi s'assurera le plus souvent la possession de la chose et le rôle de défendeur à toute revendication.

13 *bis*. — Ainsi, des *vindiciæ* antiques découlèrent deux institutions, la Publicienne et les interdits *retin. pos.*, qui séparèrent nettement les deux intérêts, celui de l'acquéreur avec juste titre, et celui du possesseur actuel, intérêts que les *vindiciæ* protégeaient, il est vrai, mais dont le mélange dans une seule procédure devait entraîner beaucoup de confusion et d'arbitraire. Faire cesser cette confusion voilà le motif qu'Ulpien donne de la création de l'interdit *uti possidetis* [21]. La revendication protège le propriétaire réel, mais vous ne protégerez pas efficacement la propriété elle-même, si vous n'allez pas jusqu'à en protéger l'image, les appa-

20. Verrès, par collusion, donnait la préférence au *possessor hereditatis*. Cicér., 2me act. contre Verrès, I, 45. Voy. Accarias, t. II, § 441, p. 72, note 2.
21. L. 1, § 2, D., *Uti possidetis*, 43, 17. Voy. *supra*, note 19.

rences. Parmi ces apparences, celles auxquelles on doit s'attacher tout d'abord, ce sont le titre et la bonne foi ; à leur défaut, on consultera le fait matériel de la possession. Revendication, Publicienne, Interdits *retinendæ possessionis,* voilà, dans leur ordre hiérarchique, l'ensemble des moyens qui sanctionnent la propriété réelle ou apparente.

Ces motifs nous font penser, avec Huschke, que la Publicienne a dû apparaître en même temps que l'interdit *uti possidetis* ; tous deux descendent des *vindiciæ*, tous deux sont contemporains des débuts du régime formulaire, et leur introduction se place vraisemblablement dans le voisinage de l'année 600 de Rome [22].

22. Huschke estime que l'on trouve dans le *droit de famille* une institution analogue à ce qu'est la Publicienne pour les *droits du patrimoine*. Il s'agit de l'interdit *de uxore ducenda* (L. 2, D., *De lib. exib.*, 43, 30. — L. 11, C., *De nuptiis*, 5, 4). Comme le possesseur publicien, le mari est *in via usucapiendi ;* grâce au mariage, son juste titre, il acquerra par l'usucapion la *manus* sur la femme. Ici encore ce qui a manqué c'est une mancipation. L'interdit *de uxore ducenda* protège cette possession *ad usucapionem*, comme la Publicienne protège celle de l'acheteur de bonne foi. La situation du mari est d'autant plus digne d'intérêt qu'il peut rester toute sa vie *in via usucapiendi*, par suite de la faculté accordée à la femme d'interrompre l'usucapion (G., I, § 111). A l'époque classique, l'interdit réussissait même contre le père de la femme, parce qu'il n'avait plus le droit d'imposer le divorce à sa fille (L. 5, C., *De repudiis*, 5, 17). Antérieurement, on imagine très bien le père se défendant contre l'interdit du mari par un moyen analogue à l'exception *justi dominii*, et évitant, par un divorce imposé, la réplique *mulieris nuptæ et traditæ* (par analogie avec la réplique *rei venditæ et traditæ*) que le mari aurait pu, sans cela, lui opposer. Voyez Huschke, p. 114, 115.

CHAPITRE III

La Publicienne compète également à l'acquéreur de bonne foi et au propriétaire bonitaire : elle a été créée pour tous deux. — Elle sanctionne leur vocation à l'usucapion.

14. Les deux intérêts de l'acquéreur de bonne foi *a non domino* et du propriétaire bonitaire réclamèrent simultanément protection. — 15. La Publicienne suffit à les garantir tous les deux ; d'ailleurs le propriétaire bonitaire n'a jamais eu la revendication *per formulam petitoriam*. Réfutation du système contraire. — 16. Il n'avait pas non plus une action fictice distincte de la Publicienne. — 17. A certains égards, l'acquéreur de bonne foi mérite plus de protection que le propriétaire bonitaire; en général il est traité de la même façon. Le *jus civile* reconnaît lui-même un droit au possesseur de bonne foi. — 18. L'usucapion, qu'ils sont en train d'accomplir, leur confère une propriété virtuelle, c. à. d. en germe, en puissance, que le préteur sanctionne par la Publicienne, et qu'on doit appeler la propriété prétorienne.

14. — Si les prémisses que nous venons de poser sont exactes, elles nous mènent nécessairement à décider que la Publicienne a été dès l'origine organisée au profit de l'acquéreur avec juste titre et bonne foi, qu'il tint ou non la chose du véritable propriétaire, et non pas seulement en faveur de celui qu'on a l'habitude d'appeler le propriétaire bonitaire (acquéreur *a domino* d'une *res mancipi* qui lui a été simplement livrée), puis étendue plus tard au posses-

seur de bonne foi [1]. Les deux intérêts réclamèrent simultanément protection. Dès qu'on put porter la revendication devant un juge, évitant ainsi les formalités des actions de la loi et la compétence des centumvirs, dès que les *vindiciæ* furent remplacées par les interdits *retin. pos.*, il devint nécessaire de protéger d'une manière spéciale le possesseur de bonne foi, et comme la révolution économique qui multiplia le nombre des propriétaires bonitaires est précisément de la même époque, on voit que les deux situations durent attirer en même temps l'attention du magistrat rédacteur de l'Édit. La Publicienne n'a donc pas été organisée d'abord pour le propriétaire bonitaire, comme l'ont soutenu les auteurs cités à la note précédente, mais il ne faut pas dire à l'inverse qu'elle n'a été créée à l'origine que pour le possesseur de bonne foi et que le propriétaire bonitaire, acquéreur *a domino*, jouissait déjà d'une protection efficace, la revendication même, sous la forme de la *petitoria formula* [2].

15. — Si l'on a présents à la mémoire les beaux développements qu'Ihering [3] a donnés à *l'économie des moyens*, l'un des caractères les plus remarquables de la procédure civile romaine, on sera porté à croire *a priori* que, puisque la Publicienne était un moyen *suffisant* pour protéger les deux situations, c'était aussi *le seul* que les Romains eussent créé dans ce but. Allons plus loin : comme une seule et même formule [4] suffit sans aucune modification pour le propriétaire bonitaire et pour l'acquéreur *a non domino*, il sera *a*

1. En ce dernier sens : Gimmerthal, § 12 et *passim*. Voyez aussi les auteurs cités par Vangerow, t. I, § 295, *Anm.*, 2, 2, p. 542. En sens contraire, Vangerow, *loc. cit.*, et § 335, *Anm.*, 1.

2. En ce dernier sens, Vangerow, § 295, *Anm.*, 2, 2, p. 542.

3. *Esprit du droit romain*, trad., t. IV, p. 234 et t. III, p. 12.

4. Celle dont Gaius nous donne la teneur, IV, § 36 : « *Si quem hominem Aus Aus emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure quiritium esse oporteret.* »

priori vraisemblable qu'il n'y en avait qu'une pour les deux cas [5].

Mais on peut démontrer directement l'exactitude des propositions que nous venons de poser, et cette démonstration une fois faite, il en ressortira une nouvelle preuve à l'appui de la date et des motifs que nous assignons à l'introduction de la Publicienne.

Ceux qui soutiennent que le propriétaire bonitaire, du moins à l'origine, n'avait point la Publicienne, s'appuient sur la teneur de l'édit telle qu'elle est rapportée dans la L. 1, pr. D., h. t. « *Ait prætor:* « SI QUIS ID, QUOD TRADITUR EX JUSTA CAUSA NON A DOMINO ET NONDUM USUCAPTUM PETET, JUDICIUM DABO. » Les mots « *non a domino* » prouveraient que la Publicienne ne s'appliquait pas au propriétaire bonitaire.

Mais la grande majorité des auteurs voit avec raison dans ces mots une interpolation, et nous montrerons au chapitre suivant qu'ils ne se trouvaient pas dans l'Edit. Dès lors l'argument se retourne contre ceux qui l'ont employé.

D'ailleurs il n'est pas possible de donner au propriétaire bonitaire la *petitoria formula*. Vangerow, *loc. cit.*, allègue que, dans l'*intentio* de cette formule, le demandeur disait seulement *rem suam esse*, sans ajouter : *ex jure quiritium* (G., IV, § 92). — Mais le propriétaire quiritaire seul peut prétendre : *rem suam esse*, car Gaius, parlant du *bonorum possessor*, qui est un propriétaire bonitaire (G., III, 80, 81), dit (G., IV, § 34) : « *Quum enim prætorio jure et non legitimo succedat in locum defuncti*, *non habet directas actiones et neque id quod defuncti fuit potest dicere* SUUM ESSE [6] ». Enfin le même

5. Huschke au contraire (p. 12 et s.) soutient qu'il y avait deux formules. De même Lenel, *op. cit.* p. 48 et s. — Dans notre sens, voy. Cuq, *loc. cit.* p. 620 et s.

6. Voyez aussi L. 6, § 2, D., *De confessis*, 42, 2 ; L. 6, D., *De reiv.*, 6, 1, moins probants, parce que les compilateurs ont pu y supprimer les mots : « *ex*

Gaius, quand il donne la teneur précise de la *formula petitoria* [7] y insère les mots *ex jure quiritium*. De même Cicéron, *in Verrem*, II, 12. « *Si paret fundum Capenatem quo de agitur ex jure quiritium P. Servilii esse.* » Si *rem suam esse* signifie *suam ex jure quiritium*, le propriétaire bonitaire ne peut donc avoir la revendication, même par la formule pétitoire.

16. — Enfin est-il nécessaire de réfuter l'opinion de ceux qui veulent donner au propriétaire bonitaire une action, fictice à la vérité, mais non pas la Publicienne, qui est fictice de l'usucapion; la fiction aurait varié suivant les cas; on aurait, par exemple, supposé qu'une mancipation avait eu lieu [8]. Il est vrai que certains propriétaires bonitaires ont des actions fictices, le *bonorum possessor*, le *bonorum emptor*, le *fideicommissaire d'hérédité* (G., II, § 253; IV, §§ 34, 35); la fiction consiste en ce que la qualité d'héritier est attribuée à des successeurs prétoriens. Mais dans le cas type de propriété bonitaire (tradition d'une *res mancipi*), imaginera-t-on qu'on supposait la mancipation faite? Aucun texte ne se prête à cette conjecture; pourquoi Gaius aurait-il omis de nous parler de cette fiction? Le propriétaire bonitaire a certainement la Publicienne, puisqu'il réunit toutes les conditions requises par la formule (G., IV, § 36), il est *in via usucapiendi* [9]. D'ailleurs les textes lui attribuent expressément la Publicienne [10]; lui donner une autre action serait une superfétation;

jure quiritium. » La même observation s'applique aux expressions « *si ea res possessoris non sit*; *nisi dominus ejus sit*; *si non suus esset*, par lesquelles les textes désignent l'exception *justi dominii* : voyez infra, Chapitre XVI.

7. G., IV, § 41. Au § 92, s'il n'ajoute pas ces mots, c'est qu'il a seulement le dessein de montrer la différence entre l'*intentio in rem* de la *formula petitoria* et l'*intentio in personam* de la formule *per sponsionem*.

8. Unherholzner, Schilling, Mühlenbruch, cités par Pellat, p. 434, note 1.

9. G., II, § 41.

10. L. 4, § 32, D., *De doli mali excep.* 44, 4, argument des mots « *quem in bonis non haberet.* » Si le vendeur n'avait plus la chose *in bonis*, c'est que l'*in bonis* avait passé à l'acheteur. Or, le texte donne la Publicienne à cet acheteur. Il s'agit d'ailleurs d'un *fundus*, par conséquent d'une *res mancipi*.

quel avantage en retirerait-il ? Par la Publicienne, il réussira contre tout le monde : contre son auteur, dont il brisera l'exception *justi dominii* par une réplique (*rei venditæ et traditæ* par exemple), et contre des tiers acquéreurs de bonne foi invoquant l'exception tirée de leur droit à la Publicienne, car il leur opposera aussi une réplique basée sur ce qu'il a, lui, acquis *a domino* [11].

17. — Donc c'était bien la Publicienne qui sauvegardait le droit du propriétaire bonitaire, comme c'était elle qui protégeait l'acquéreur de bonne foi [12]. Il ne reste dans les textes aucun indice d'où l'on puisse conclure que l'un aurait été protégé avant l'autre. Sans doute, le fait de simple tradition de *res mancipi* a été connu fort anciennement, puisque la loi des XII Tables qui interdisait l'usucapion des *res mancipi* de la femme en tutelle agnatique, permettait cette usucapion par exception lorsque ces choses avaient été *livrées* par la femme elle-même *tutore auctore* [13]. Mais la situation de l'acquéreur de bonne foi *a non domino* a, plus anciennement encore peut-être, attiré l'attention du législateur. C'est en faveur de ce dernier, et dans un but d'utilité publique que l'usucapion a été admise [14]. Les

11. L. 31, § 2, D., *De act. empti*, 19. 1. « *Si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.* » Il s'agit manifestement dans ce texte de régler le conflit entre deux personnes réunissant les conditions de la Publicienne.

12. Lenel, *Beitrage*, p. 28, 29, dit avec raison que l'attribution de la Publicienne au propriétaire bonitaire est un des résultats les plus certains de la science.

13. G., II, § 47.

14. L. 1, D., *De usurp.*, 41, 3. Gaius, lib. 21, *ad. edict. prov.* : « *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diu et fere semper incerta dominia essent*, CUM SUFFICERET DOMINIS AD INQUIRENDAS RES SUAS STATUTI TEMPORIS SPATIUM. » De même Gaius II, § 44. Il n'y a aucun argument à tirer en faveur de l'opinon contraire (à savoir que l'usucapion aurait été introduite d'abord en faveur du propriétaire bonitaire) de ce que le même Gaius, dans ses commentaires, indique en premier lieu cette application de l'usucapion (G., II, § 41). La suite des idées l'y forçait. Au § 40 il disait qu'il y a deux sortes de propriétés, la quiritaire et la bonitaire. Comme exemple de cette dernière, il citait immédiatement au § 41 le cas de tradition d'une *res mancipi*,

textes nous parlent du *vetustissimum jus bonæ fidei possessoris* [15]. La situation de l'acquéreur de bonne foi *a non domino* est même à un certain point de vue plus digne d'intérêt que celle du propriétaire bonitaire. Ce dernier n'a à s'en prendre qu'à lui-même de n'être pas devenu propriétaire quiritaire : il devait exiger la mancipation. L'acquisition *a non domino* est, au contraire, un fait involontaire dont aucune prudence ne peut souvent préserver. D'ailleurs en protégeant l'acquéreur de bonne foi, on a du même coup protégé le propriétaire bonitaire. Au surplus, la distinction entre ces deux personnages est loin de se présenter dans les textes avec autant de netteté que dans la terminologie moderne ; les jurisconsultes, nous l'avons vu, appliquent l'expression « *in bonis* » aux choses que nous possédons de bonne foi [16]. Entre l'un et l'autre, la seule différence c'est que l'acquéreur de bonne foi peut se heurter à un droit égal au sien, celui d'un autre acquéreur de bonne foi, ou supérieur, celui du propriétaire. En principe, leurs droits sont égaux, sauf les cas où la loi vient limiter ceux du possesseur de bonne foi [17]. Notamment, en lui attribuant les fruits, la loi ne place-t-elle pas le possesseur de bonne foi, au point de vue de l'usage et de la jouissance de la chose, dans la même situation que le propriétaire [18] ? Cette jouissance est donc

et se trouvait naturellement amené à dire que l'aliénateur reste propriétaire *ex jure quiritium* jusqu'à ce que l'acquéreur ait usucapé. Ce dernier mot lui sert de transition pour arriver à la matière de l'usucapion, et c'est ainsi qu'il ne cite qu'en second lieu l'application normale de l'usucapion.

15. L. 12, § 8, D., *De captivis*, 49, 15.

16. L. 49, D., *De verb. sign.*, 50, 16. — L. 52, D., *De adq. rer. dom*, 41, 1. Dans le même sens, voyez Pellat, p. 439.

17. *Bona fides tantumdem possidenti præstat quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.* Paul, *lib. 18 ad edictum*, L. 136, D., *De reg. juris*, 50, 17.

18. « *Quod ad fructus attinet, loco domini pæne est.* » L. 48, pr., D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — Tout individu qui prendrait les fruits, fût-ce le propriétaire de la chose, commettrait un vol au préjudice du possesseur, car les fruits devenaient sa propriété par la séparation : L. 25, D., *De usuris*, 22, 1.

légale, le *jus civile* lui-même reconnaît un droit au possesseur de bonne foi : le droit de jouir paisiblement de la chose tant que le propriétaire ne réclame pas. Le préteur n'a fait que munir d'une action un droit reconnu, mais insuffisamment protégé par le droit civil.

18. — Quelle est la nature intime de ce droit ? Il est réel, c'est la propriété elle-même (prétorienne bien entendu), qui prend ici un caractère relatif extrêmement remarquable : il n'est opposable par voie d'action, ni au propriétaire, ni à celui qui peut invoquer un droit égal.

Ce droit reconnu au possesseur *in via usucapiendi*, qu'il ait acquis ou non du propriétaire, n'est autre chose que le droit d'usucapion lui-même, désormais muni d'une action. Ce droit d'usucapion, c'est la propriété en germe, *en puissance*, *la propriété virtuelle*[19]. Ce n'est pas seulement au dernier jour du délai d'usucapion que le possesseur acquiert la propriété civile. Pendant tout le temps, il *devient*, il est en train de devenir propriétaire : δεσπόζει, disent les Basiliques [20].

C'est ce droit d'usucapion, cette propriété virtuelle, en puissance, que le préteur a voulu munir d'action ; par suite il a naturellement pensé avant tout au possesseur de bonne foi ; le propriétaire bonitaire en a profité *a fortiori* ; les conditions économiques nouvelles rendaient à son égard l'innovation des plus opportunes, quoiqu'il eût moins besoin de protection, puisqu'il n'a rien à craindre du *dominus* dont il a sans doute stipulé garantie, et que, vis-à-vis des tiers, il peut, en vertu de cette même garantie, faire intervenir ce *dominus*, son auteur ; mais c'est principalement le possesseur de bonne foi *in via usucapiendi*, et en premier lieu l'acheteur de bonne foi, que le préteur a voulu protéger. C'est ce que constate expressément la loi 17 de notre titre : *Neratius*,

19. *Werdendes Eigenthum* (Huschke, p. 18, *in fine*).
20. Bas., 50, 37, 8. — 60, 6, 28.

lib. 3 Membranorum : « *Publiciana actio..... comparata est..... ut is qui bona fide emit, possessionemque ex ea causa nanctus est, potius rem habeat* [21].

Ce droit qui est en voie de devenir propriété civile, n'est autre chose que la propriété prétorienne.

21. Mommsen, *Digesta*, ajoute avec les Basilique (15, 2, 17. Scholie de Stéphane ?) « *quam quilibet alius præter dominum.* »

CHAPITRE IV

Restitution de l'Edit Publicien et du commentaire d'Ulpien sur cet Edit.

19. L. 1 pr. D h.t.—Y avait-il une formule spéciale et une disposition distincte de l'Edit, pour le propriétaire bonitaire et pour l'acquéreur de bonne foi ? — 20. Systèmes qui admettent la dualité. — 21. Systèmes qui la repoussent. — 22. Examen spécial du système de Lenel, partisan de la dualité. — 23. Il n'y avait qu'une seule formule. Selon Lenel, au contraire, il y en aurait eu deux ; celle de Gaius IV, 36, ne serait qu'une formule théorique, une formule d'*école*, combinant les deux formules pratiques. — 24. Arguments de Lenel en faveur de la dualité de formule. — 25. Avantages que présente, selon Lenel, la formule propre au propriétaire bonitaire. Réfutation. — 26. La formule spéciale que Lenel propose pour le propriétaire bonitaire n'aurait eu pour lui que des inconvénients. — 27. Il n'y avait qu'un seul édit. Selon Lenel il y en avait deux : l'un, pour le cas d'acquisition *a domino*, promettant la Publicienne quelle que fût la *justa causa* de l'acquisition ; l'autre, en cas d'acquisition *a non domino*, ne donnant action qu'à *l'acheteur* de bonne foi. Plus tard la jurisprudence aurait donné au second édit la même sphère d'application qu'au premier. Réfutation. — 28. Suite de la réfutation. — 29. Première raison de Lenel pour admettre deux édits : commentaire des mots : *id quod traditur*. — 30. Suite. — 31. Restitution du premier édit par Lenel. — 32. Restitution proposée. L'édit ne contenait pas les mots *a domino*, insérés par Lenel. — 33. Ni les mots *non a domino*. — 34. Justification de notre restitution. — 35. Deuxième raison de Lenel, commentaire des mots : *qui bona fide emit*. — 36. Systèmes qui les font rentrer dans l'édit. — 37. Systèmes qui les placent dans la formule. — 38. Système de Lenel qui les place dans un second édit. Explication du commentaire d'Ulpien, d'après Lenel; réfutation. — 39. Réfutation (suite). — 40. Difficultés auxquelles on se heurte dans ce système. — 41. Désordre du commentaire d'Ulpien, invoqué par Lenel en faveur de son système. Explication. — 42. Système de Schirmer : qui *bona fide emit*

forme la transition entre l'édit et la formule type : (Ei) *qui bona fide emit*, talem formulam dabo. — 43. Explication du commentaire d'Ulpien dans ce système. Résumé. Restitution adoptée.

19. — La L. 1, au Digeste, *de Publiciana in rem actione*, 6, 2, tirée du *lib.* 16, *Ulpiani ad Edictum*, commence par ces mots :

Ait Prætor : si quis, id quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo.

On s'accorde généralement à reconnaître que les compilateurs ne nous ont pas transmis ici dans sa pureté ou dans son intégrité le célèbre édit publicien, tel qu'il figurait dans la rédaction définitive de l'œuvre prétorienne par Salvius Julien.

Mais on se divise dès qu'il s'agit de rétablir le texte altéré.

On peut considérer comme un point définitivement acquis que le propriétaire bonitaire (acquéreur *a domino*, mais par la tradition seulement, d'une *res mancipi*), était protégé par la Publicienne [1].

Mais la formule était-elle la même pour le propriétaire bonitaire et pour le simple possesseur de bonne foi, acquéreur *a non domino*?

L'Edit protégeait-il ces deux acquéreurs par une disposition unique? Contenait-il au contraire deux parties, deux phrases tout au moins, prévoyant distinctement l'une le premier cas et l'autre le second?

Comment était rédigée, dans l'Edit de Julien, cette disposition unique ou double?

Sur tous ces points, il y a autant d'opinions que d'auteurs.

20. — Rudorff *(op. cit.)* admet l'existence de deux formules : 1° Celle du propriétaire bonitaire, dont

1. Voy. le Chapitre précédent.

Gaius, IV, § 36, donnerait la teneur; 2° celle de l'acquéreur de bonne foi qui aurait été ainsi conçue : *Si quem hominem A^us A^us bona fide emit et is ei traditus est*, etc. Le même auteur suppose qu'il y avait deux dispositions dans l'Edit : l'une ainsi conçue : *Si quis rem mancipi quæ traditur ex justa causa a domino et nondum usucaptam petet;* l'autre que le Digeste a reproduite dans la L. 1, pr. D., *h. t.*

Huschke (*op. cit.*) admet que l'intérêt du possesseur de bonne foi a réclamé protection au moins aussitôt que celui du propriétaire bonitaire. Pour lui, c'est le possesseur de bonne foi, ou, pour préciser davantage, l'acheteur de bonne foi, dont la situation a, en premier lieu, appelé l'attention du préteur. En partant de ces prémisses que nous avons cru devoir adopter aussi, il semble qu'il eût été logique de conclure qu'une seule et même disposition de l'Edit s'appliquait aux deux cas, ou tout au moins qu'il n'y avait qu'une seule formule de Publicienne pour l'acquéreur de bonne foi et pour le propriétaire bonitaire.

Cependant Huschke se prononce en sens contraire ; il admet que l'Edit prévoyait distinctement les deux cas, mais par une même phrase : *Si quis id quod traditum ex justa causa, non a domino, sive, cum mancipi esset, nec mancipatum, nec in jure cessum a domino est, nondum usucaptum petet.* Quant à la formule, Huschke admet, outre celle de Gaius qui, selon lui, convient seulement au propriétaire bonitaire, la rédaction suivante pour l'acheteur de bonne foi : *Si quam rem A^us A^us bona fide emit eaque ei eo nomine sit tradita* [2].

21. — Cuq [3] restitue ainsi l'Edit : *Si quis id quod traditur ex justa causa et nondum usucaptum petet, judicium dabo.*

2. Huschke, *op. cit.*, p. 14.
3. *Op. cit.*, p. 629.

Quant au « *Ait Prætor : qui bona fide emit* » de la L. 7, § 11, *h. t.*, le savant professeur pense qu'ils ne figuraient pas dans l'Edit, mais dans la formule. Il ne s'explique point sur la manière dont il faudrait alors reconstituer la formule; il ne dit pas si cette formule, une fois qu'on y a ajouté les mots *qui bona fide emit*, pouvait convenir au propriétaire bonitaire, ou n'était applicable qu'à l'acquéreur *a non domino*.

Pellat (p. 448) enseigne aussi que l'Edit ne contenait pas deux dispositions, l'une sur l'achat *a domino*, l'autre sur l'achat *a non domino;* mais il admet (p. 449) que l'Edit, par une seule et même phrase, prévoyait distinctement le cas d'achat, et en outre le cas de tradition *ex justa causa.* Voici sa restitution :

Si quis id quod bona fide emit, vel id quod traditur ex justa causa, et nondum usucaptum petet, judicium dabo.

Le savant auteur a donc essayé de faire entrer les mots « *qui bona fide emit* [4], » dans le texte de l'Edit, rapporté au commencement de notre titre. Mais il n'a pu le faire qu'en changeant le *qui* en *quod,* c'est-à-dire en violentant les mots. On pourrait échapper à ce reproche, en proposant la restitution suivante : *Si* is qui bona fide emit, *id quod traditur* eo nomine, vel *ex* alia *justa causa, et nondum usucaptum petet* [5]. Mais il faudrait alors modifier le texte d'une manière plus grave encore que dans la restitution de Pellat. D'ailleurs, cette modification introduirait dans l'Edit un pléonasme invraisemblable dans un texte si soigneusement rédigé; en effet, le cas de l'*emptio* est compris dans l'expression de *justa causa*, comme l'espèce est contenue dans le genre. Enfin, et ceci est décisif, si « *qui bona fide*

4. L. 7, § 11, D., *h. t.*: Prætor ait : « *Qui bona fide emit.* »
5. Nous mettons en caractères ordinaires ce que nous ajoutons au texte de la L. 1. D., *h. t.*

emit, » avait figuré dans le texte originaire de l'Edit rapporté L. 1, *h. t.*, on ne voit pas du tout pourquoi les compilateurs y auraient supprimé ces mots, qu'ils n'hésitent pas à reproduire quelques lignes plus bas.

Pellat n'admet d'ailleurs qu'une seule formule, celle de Gaius, IV, 36, sans distinguer si l'on a acquis *a domino* ou *a non domino*.

Si la restitution proposée par Pellat est manifestement inexacte, sa doctrine n'en reste pas moins au fond la seule vraie. Il n'y avait point, dans l'Edit de Julien, deux dispositions distinctes : — l'une pour le propriétaire bonitaire, ayant acquis *a domino*, par la tradition, une *res mancipi;* — l'autre pour l'acquéreur de bonne foi *a non domino*. Il n'y avait pas non plus une formule distincte pour chacun de ces deux cas, mais une formule unique qui était, en cas de vente, celle de Gaius. Il faut repousser les systèmes de Rudorff, Huschke et Lenel, qui admettent une dualité de dispositions dans l'Edit et une double formule.

22. — Dans le système de Lenel [6], en effet, il y aurait eu dans l'Edit deux dispositions. La première, qui prévoyait l'acquisition *a domino*, aurait accordé la Publicienne dans tous les cas de tradition *ex justa causa*. La seconde n'aurait promis d'action en cas d'acquisition *a non domino* qu'à *l'acheteur de bonne foi*. La jurisprudence seule [7] aurait, malgré le texte restrictif de la seconde disposition, étendu la protection prétorienne à tous les acquéreurs *a non domino* ayant une *justa causa* autre que la vente.

Voici quelle aurait été, d'après Lenel [8], la teneur des deux édits :

I. *Si quis id quod mancipatur, traditum ex justa*

6. Lenel, *op. cit. passim.*
7. *Id.*, p. 42, *in fine.*
8. Page 53 et *passim.*

causa a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo.

II. *Ei, qui bona fide* [*non a domino*][9] *emit, si rem traditam sibi et nondum usucaptam petet, judicium dabo.*

Cette double disposition donnerait nécessairement naissance à deux formules ayant une partie commune et une partie distincte. La première formule compéterait au propriétaire bonitaire, la seconde au possesseur de bonne foi. Lenel propose la restitution suivante pour ces deux formules :

I. *Si quem hominem A^{us} A^{us} a domino emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret*, et rel.

II. *Si quem hominem A^{us} A^{us} bona fide emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret*, et rel.

C'est Lenel qui est le dernier en date; c'est lui qui a consacré les plus longs développements à l'exposé du système qui admet la dualité de l'Edit et de la formule; c'est lui qui a su l'appuyer des arguments les plus spécieux, et, par conséquent, les raisons qui militent contre son système peuvent être invoquées *a fortiori* contre Rudorff et contre Huschke. C'est donc la théorie de Lenel que nous allons soumettre à un examen approfondi ; quoique nous en contestions le bien-fondé, nous pourrons tirer profit de plusieurs observations très justes contenues dans ce remarquable travail, où l'auteur a souvent fait preuve d'une merveilleuse sagacité.

I. *Il n'y avait qu'une seule formule.*

9. Lenel n'insère le « *non a domino* » qu'avec hésitation; ou, pour mieux dire, il serait plutôt porté à l'effacer.

23. — Si Lenel admet deux formules, c'est *uniquement* parce qu'il croit à deux parties distinctes dans l'Edit voyez Lenel, p. 47, 48). Il reconnaît loyalement que, si nous n'avions que le témoignage de Gaius, il faudrait admettre une seule formule pour les deux cas, car Gaius (IV, § 36) la désigne comme appartenant à celui « *qui ex justa causa traditam sibi rem... petit*, » ce qui comprend manifestement le propriétaire bonitaire et le possesseur de bonne foi. Pour concilier son système avec le témoignage de Gaius, Lenel (p. 50) se voit obligé de soutenir que, telle qu'elle est donnée au § 36, la formule n'est ni celle du propriétaire bonitaire, ni celle du possesseur de bonne foi, mais une formule purement théorique, dans laquelle le jurisconsulte aurait fait entrer seulement la partie commune aux deux formules pratiques. Gaius, dit Lenel, voulait présenter à ses élèves un exemple d'action fictice ; il trouvait, en même temps, l'occasion de leur donner une idée *à peu près exacte* de la sphère d'application de la Publicienne. Que fit-il alors ? Remarquant que si, à l'origine, l'Edit « *Ei qui bona fide emit*, » avait eu une portée beaucoup plus restreinte que l'Edit « *Si quis id quod mancipatur*, » la jurisprudence l'avait depuis longtemps étendu à tous les cas de tradition *ex justa causa*, Gaius réunit, dans une courte phrase, les deux parties de l'Edit : l'action est donnée à celui *qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit*. Il réunit de même les deux formules en une seule, écartant ce qu'il y avait de particulier à chacune d'elles, et ne gardant que ce qu'elles avaient de commun. C'est ainsi que de la double formule : « *Si quem hominem A^{us} A^{us} a domino emit* » et : « *Si quem hominem A^{us} A^{us} bona fide emit* » fut formée la formule que Gaius présente comme type de la Publicienne. Gaius, à la vérité, ne parle que d'une seule action publicienne; mais, dit Lenel, cela

se concilie parfaitement avec l'existence de deux formules distinctes. La Publicienne n'est pas, ajoute-t-il, le nom d'une formule déterminée, mais celui de l'action prétorienne, inventée par Publicius, et basée sur la fiction de l'usucapion; dans ce sens, en effet, malgré la diversité des formules, il n'y a qu'une Publicienne[10].

24. — Toute cette explication de Lenel paraîtra sans doute plus ingénieuse que vraisemblable; il reconnaît lui-même ce qu'elle a de forcé, puisqu'il convient (p. 48) que, si le texte de Gaius était isolé, il faudrait sans hésitation admettre l'unité de formule. Pour lui, la raison décisive de la dualité de la formule se trouve dans la L. 7 §§ 14 et 15, D., *h. t.* : § 14. *Publiciana tempus emptionis continet, et ideo neque quod ante emptionem, neque quod postea dolo malo factum est in hac actione deduci Pomponio videtur.* — § 15. *Bonam autem fidem solius emptoris continet.*

Selon Lenel, il résulterait forcément de ce texte que l'expression *bona fide* figurait dans la formule de l'acheteur de bonne foi, tandis qu'elle ne pouvait point se trouver dans celle du propriétaire bonitaire[11].

La conséquence n'est pas forcée. Si l'on interprète le « *qui bona fide emit* » ainsi que nous le ferons tout à l'heure en adoptant la doctrine de Schirmer, dans le sens d'une *transition* entre l'édit et la formule (*Ei qui bona fide emit talem formulam dabo : Si quem hominem, etc.*,) alors les §§ 14 et 15 sont le commentaire de ces mots. Le jurisconsulte les explique ainsi : le préteur, dit-il au § 14, se reporte au temps de la vente; c'est à ce moment, ce n'est ni avant, ni après, qu'il

10. Dans son ouvrage « *Das Edictum*, » p. 131, *in fine*, Lenel ajoute : « D'ailleurs, la formule de Gaius pouvait se trouver telle quelle dans l'*Album*; seulement le préteur se réservait d'y insérer, suivant les cas, les mots « *a domino* » ou « *bona fide.* » — Tout cela est-il vraisemblable?

11. Lenel, p. 49.

exige la bonne foi. Plus tard, aux §§ 16 et 17, commentant sans doute les mots : « *et is ei traditus est* » de la formule [12], Ulpien dira que l'achat ne suffit pas, qu'il faut encore la tradition. Il ajoutera que cette tradition, elle aussi, doit avoir été reçue de bonne foi, sans quoi l'usucapion ne pourrait avoir lieu et la fiction manquerait son effet : « *quia usucapere non poterit.* » Puis le jurisconsulte, au § 15, conclut encore du « *qui bona fide emit* » que la bonne foi de l'acheteur seul est exigée [13].

Le texte cité ne prouve donc nullement que les mots *bona fide* figuraient dans la formule de l'acheteur de bonne foi. On sait d'ailleurs qu'ils y sont parfaitement inutiles ; car, si l'acheteur n'est pas de bonne foi, le juge ne pourra le considérer comme ayant usucapé.

Enfin, Lenel reconnaît lui-même (p. 49, *in fine*) que rien n'empêchait l'acheteur *a domino* d'employer la formule du possesseur de bonne foi. Quels avantages pouvait-il donc trouver à se servir de la formule, qui, selon Lenel, lui était spéciale : (*Si quem hominem A^{us} A^{us}* A DOMINO *emit*, etc.) ?

25. — Voici ces avantages, toujours d'après Lenel :

En premier lieu, cette formule est préférable, parce qu'elle exclut *a priori* l'exception *justi dominii.*

En vérité, voilà un avantage qui devrait plutôt s'appeler un inconvénient !

12. Cela résulte des mots *ut igitur*, par lesquels débute le fragment; sans cela, *igitur* ne se rapporterait à rien. Rappelons ce texte : « *Ut igitur Publiciana competat, hæc debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empta eo nomine sit tradita.* » C'est manifestement le commentaire du « *et is ei traditus est* » de la formule, et du « *qui bona fine emit* » de la phrase servant de transition entre l'édit qui promet l'action et le modèle de formule.

13. Ces développements d'Ulpien se résument en un mot : les expressions employées par le préteur prouvent qu'il n'exige pas plus de conditions pour la Publicienne, que le droit civil n'en exige pour l'usucapion. C'est une conclusion analogue à celle que Gaius tirait du silence du préteur sur le paiement du prix. On comprend d'ailleurs très bien que les jurisconsultes insistent sur cette idée. Le préteur, qui dispense de la principale condition de l'usucapion, aurait fort bien pu exiger, pour la Publicienne, une condition supplémentaire.

Si le propriétaire bonitaire invoque la formule du possesseur de bonne foi (*Si quem hominem* A^{us} A^{us} *bona fide emit*, etc.), il *s'expose,* dit Lenel, à ce que le défendeur lui oppose l'exception *justi dominii.*

Il est vrai ! Mais il s'y exposera volontiers : on ne trouve pas tous les jours un défendeur qui vienne obligeamment vous décharger du fardeau de la preuve et le prendre à son compte.

En effet, si notre propriétaire bonitaire prend la formule qui lui revient d'après Lenel, il sera obligé de prouver qu'il a acquis *a domino*, de démontrer que son auteur était propriétaire : *diabolica probatio !*

Si, au contraire, notre propriétaire bonitaire prend la formule du possesseur de bonne foi, il devra prouver tout simplement qu'il a acheté et reçu tradition, car la bonne foi se présume; ce sera au défendeur, qui invoque l'exception *justi dominii*, à démontrer qu'il est le véritable propriétaire quiritaire.

Ce n'est pas tout ; supposons même que le défendeur soit en état de faire cette preuve ; notre demandeur, propriétaire bonitaire, aura-t-il pour cela à se repentir d'avoir pris la formule du possesseur de bonne foi ? Pas le moins du monde ! Puisqu'il est, par hypothèse, propriétaire bonitaire, c'est qu'il a acheté *a domino ;* le défendeur, propriétaire quiritaire, qui invoque avec succès l'exception *justi dominii,* c'est normalement son vendeur qui, ayant simplement livré la chose *mancipi,* en est demeuré *dominus ex jure Quiritium*, ou bien, ce qui revient au même, ce défendeur est un ayant-cause du vendeur. Eh bien ! dans ce cas, le demandeur brisera aisément par la réplique *rei venditæ et traditæ* [14] l'exception *justi dominii* qui lui serait opposée !

14. Cette exception ou cette réplique, peut être opposée même aux ayants-cause à titre particulier du vendeur : L. 3, § 1, D., *De except. r. v. et trad.*, 21, 3.

Reste un cas où il pourrait sembler au premier abord que le propriétaire bonitaire doive prendre de préférence la première formule de Lenel. C'est celui où il s'attaque à un défendeur acheteur de bonne foi et pouvant par suite lui opposer l'exception tirée d'une Publicienne égale. Mais, là encore, le propriétaire bonitaire n'est pas désarmé; il peut briser l'exception par une réplique tirée de ce qu'il a, lui, acquis *a domino*. Il est en effet certain, qu'à l'exception tirée d'une Publicienne égale [15], on peut opposer une réplique [16]; par suite, le propriétaire bonitaire, agissant par la formule de l'acheteur de bonne foi, s'il se voit opposer l'exception d'une Publicienne égale, invoquera la réplique : *Aut si homo, de quo agitur A° A°* A DOMINO *traditus est;* c'est de cette façon qu'il faut expliquer

15. Cette exception était sans doute calquée sur l'exception *justi dominii*, comme la Publicienne est calquée sur la revendication; l'exception d'une Publicienne égale comprendra donc la fiction d'usucapion. Voici la restitution qui nous paraît la plus vraisemblable : « *Nisi, si quem honinem N^us N^us emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem ejus ex jure Quiritium esse oporteret.* » Le défendeur, puisqu'il est par hypothèse un acheteur de bonne foi comme le demandeur, a droit à la même fiction que ce demandeur. Il aurait la Publicienne s'il était demandeur; donc, s'il est défendeur, il aura une exception, L. 156, § 1, D., *De reg. jur.*, 50, 17. Nous savons que l'*exceptio justi dominii* était donnée *cognita causa, a fortiori* il doit en être de même de l'exception d'une Publicienne égale. Voy. L. 57. D., *Mandati,* 17, 1. Au surplus, voyez ci-après Chapitre XVII.

16. C'est de cette façon sans doute que la préférence se règle entre deux acheteurs de bonne foi tenant leur droit du même *non dominus* (L. 9, § 4, D., *h. t*). Si le demandeur a le premier reçu tradition, il repoussera l'exception tirée d'une Publicienne égale par la réplique *rei venditæ et traditæ*, car il aurait pu opposer cette exception ou cette réplique à son vendeur, et par suite aux ayants cause de son vendeur, parmi lesquels il faut compter le second acheteur. Sur ces exceptions ou répliques, voyez ci-après Chap. XVII et, sur le caractère réel de l'exception *rei venditæ*, voyez Chap. XVI, n° 214 note 6. — Evidemment, le préteur ne peut lui-même entrer dans l'examen des faits; pour déterminer l'antériorité de la tradition, comme pour s'assurer si l'un des plaideurs a acquis *a domino*, il faudra souvent une enquête, de longs débats. Par conséquent, tout cela doit être renvoyé au juge. Or, le pouvoir d'examiner ces questions ne peut être donné au juge que par un système d'exceptions et de répliques, car nous sommes ici en dehors du droit civil Ces exceptions et ces répliques sont d'ailleurs données *cognita causa*, voyez note précédente, *in fine*. Les lois 9, § 4, *h. t.*, et 31, § 2, D., *De act. empti*, 19, 1, sont les solutions que, suivant les jurisconsultes, le préteur devait donner dans cette *causæ cognitio*.

les derniers mots de la L. 31, § 2, D., *De act. empti*, 19, 1 [17].

On voit donc que la formule du possesseur de bonne foi suffit dans tous les cas au propriétaire bonitaire; une formule spéciale ne pourrait que lui être désavantageuse.

26. — Lenel allègue encore (p. 50) qu'en se servant de la première formule (*Si quem hominem* A^{us} A^{us} A DOMINO *emit* etc.), le propriétaire bonitaire a l'avantage de pouvoir prouver sa propriété bonitaire, et d'en tirer les conséquences qui en résultent : que, notamment en ce qui concerne les acquisitions faites par l'esclave, le propriétaire bonitaire acquiert *ex omnibus causis*, tandis que le simple possesseur de bonne foi de l'esclave acquiert par son intermédiaire seulement *ex duabus causis : ex re suâ*, *vel ex operis servi* [18].

Mais nous venons de voir que, même en employant la formule du possesseur de bonne foi, le propriétaire bonitaire peut prouver son *in bonis* en invoquant la réplique tirée de ce qu'il a, lui, acquis *a domino*. Allons plus loin : le simple acheteur de bonne foi, s'il triomphe sur la Publicienne, obtiendra du défendeur la restitution de *toutes* les acquisitions de l'esclave réclamé, sauf celles que ce défendeur pourrait garder à raison de sa bonne foi. Il obtient, en effet, une condamnation *identique* à celle qu'il obtiendrait par la revendication, car la fiction de la formule oblige alors le juge à traiter le demandeur qui triomphe comme s'il était propriétaire, à prononcer la condamnation qu'il prononcerait sur la revendication [19].

17. *Si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est. Omnimodo* c'est-à-dire quand bien même son acquisition serait postérieure en date à celle de son adversaire. Le préteur ne pouvait d'ailleurs trancher lui-même la question de savoir si l'un des plaideurs avait acquis *a domino* : voyez la note précédente.

18. Ulp., XIX, §§ 20, 21. — G., II, §§ 88, 92.

19. L. 7, § 8, D., *h. t. In publiciana actione omnia eadem erunt quæ in rei-*

Le propriétaire bonitaire n'a donc aucun intérêt à prendre la formule que lui offre Lenel : il n'y trouverait que des inconvénients. Par conséquent, l'Edit « *Si quis id quod mancipatur* » aurait été lettre morte : personne n'en aurait réclamé l'application, nul n'aurait répondu à l'appel du préteur et son édit sur ce point, loin de mériter d'être appelé *viva vox juris civilis*, aurait ressemblé plutôt à une *vox clamans in deserto*.

On le voit, si nous admettons deux formules, nous nous heurtons de tous côtés à des difficultés sans issue, à de véritables impossibilités. Il fallait bien pourtant que Lenel, pour être logique, proposât deux formules, puisqu'il admet deux édits : la dualité de l'édit entraînerait fatalement, en effet, la dualité de la formule. Réciproquement, de l'unité de la formule on doit conclure à l'unité de l'Edit. Si cette unité de formule est démontrée, tout système qui aboutit à la dualité est jugé par la conséquence qu'il entraîne et doit être repoussé *a priori*.

Mais l'incontestable talent de Lenel mérite mieux qu'une réfutation indirecte. Voyons donc sur quels arguments il fonde sa doctrine de la dualité de l'édit. Ainsi que nous l'avons déjà dit, cette étude ne sera pas sans profit, car si le système, dans son ensemble, est inexact, on y trouve pourtant, sur la restitution de l'édit, des remarques très justes, des vues très neuves dont on peut tirer parti pour arriver à une restitution qui, à notre gré, se rapprochera beaucoup plus de la vérité.

II. *Il n'y avait qu'un seul édit.*

27.—Suivant Lenel, au contraire, il y en aurait eu deux. Le premier accordait la Publicienne à tout acquéreur *ex justa causa* qui avait reçu *a domino* tradition d'une

vindicatione diximus. — § 6. Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.

res mancipi. Le second édit, au contraire, aurait été conçu dans des termes beaucoup moins larges ; il ne donnait la Publicienne qu'à *l'acheteur de bonne foi*, « *ei qui bona fide emit.* » *La jurisprudence seule* [20] aurait, malgré le texte restrictif de la seconde disposition, étendu la protection prétorienne à tous les acquéreurs de bonne foi ayant reçu tradition en vertu d'une *justa causa* autre que la vente.

Nous n'avons pas l'intention de contester qu'à l'origine l'Edit Publicien ait été conçu dans des termes beaucoup moins larges que ceux de la rédaction définitive par Julien ; il nous paraît vraisemblable, au contraire, que le cas d'achat a été le premier prévu et protégé. Mais, soutenir que l'édit de Julien ne protégeait, en fait de possesseurs de bonne foi, *que l'acheteur,* c'est émettre une opinion de tout point inadmissible [21].

En effet, il est certain qu'au temps de Gaius, c'est-à-dire une trentaine d'années peut-être après la rédaction de Julien, la Publicienne se donnait, en cas d'acquisition *a non domino*, quelle que fût la *justa causa* de la tradition [22].

Peut-on croire qu'en aussi peu de temps la jurisprudence eût pu étendre à un très grand nombre de cas un édit rédigé de manière à n'en prévoir qu'un seul ?

Il y a mieux : Julien lui-même donnait la Publicienne au possesseur de bonne foi dans le cas où son juste titre était une donation [23], c'est-à-dire dans l'hypothèse

20. Lenel, p. 42. *in fine*.

21. Elle nous mènerait à n'admettre la Publicienne, en dehors du cas de vente, que dans les cas expressément prévus par les textes.

22. G., IV, § 36 : « *Datur autem hæc actio ei qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit,* » et Gaius, *lib.* 7 *ad Ed. prov.*, L. 13, pr., D., *h. t.*, « *Quæcumque sunt justæ causæ adquirendarum rerum, si ex his causis nancti res amiserimus, dabitur nobis, earum rerum persequendarum gratia, hæc actio.* »

23. L. 11, § 3, D., *h. t.*, cbn. avec le § 4 du même fragment. Le donataire qui a reçu une *ancilla* volée usucape le *part* au titre où il usucaperait la mère si elle n'était pas furtive, c'est-à-dire au titre *pro donato*. Donc, c'est aussi au

qui s'éloigne le plus du cas de vente. Or, c'est dans le livre 7 de ses *Digesta* que Julien traitait de la Publicienne[24]. Il faudrait donc que, très peu d'années après avoir restreint dans son Edit la Publicienne du possesseur de bonne foi au cas de l'acheteur, Julien, au mépris du texte qu'il avait lui-même promulgué, en eût étendu l'application même à des acquéreurs à titre gratuit !

En face d'un texte qui aurait été restrictif, une interprétation aussi extensive se comprend d'autant moins que, selon Lenel, la teneur restrictive de l'Edit aurait été intentionnelle. L'auteur cité développe, en effet (p. 44), les raisons qui auraient, d'après lui, déterminé le préteur à assurer une action au propriétaire bonitaire, acquéreur *a domino*, dans tous les cas de tradition *ex justa causa*, et à n'accorder la Publicienne au possesseur de bonne foi, acquéreur *a non domino*, que dans le cas unique de tradition *ex causa emptionis*[25].

Comment ! Julien, dans son édit, aurait maintenu entre le propriétaire bonitaire et le possesseur de bonne foi une antithèse significative, protégeant le premier quelle que fût la *justa causa* de la tradition, ne promettant, au contraire, d'action au second que s'il est un *acheteur* ; et le même Julien, quelques années plus tard, commentant son propre Edit, aurait donné la Pu blicienne au possesseur de bonne foi *ex causa donationis*, c'est-à-dire dans une hypothèse qui est aux antipodes du cas de vente !

titre *pro donato* qu'il a, pour l'enfant, la Publicienne que Julien lui accorde au § 3. Voyez *infra* Chapitre XIV.

24. Voy. L. 7, § 17, L. 9, § 4, D., *h. t.*

25. Ces raisons sont d'ailleurs assez faibles. On peut soutenir au contraire, comme nous l'avons fait après Huschke, *supra* Chapitre III, que le possesseur de bonne foi est plus digne d'intérêt que le propriétaire bonitaire. Ce dernier n'a à s'en prendre qu'à lui-même de n'être pas devenu propriétaire quiritaire ; il devait exiger la mancipation. L'acquisition *a non domino* est au contraire un fait involontaire dont aucune prudence ne peut souvent préserver.

Donc l'édit de Julien ne restreignait pas au cas unique de vente la Publicienne du possesseur de bonne foi, mais s'exprimait d'une manière assez générale pour comprendre le cas de donation. D'ailleurs, le préteur seul pouvait, en modifiant son édit, donner la Publicienne dans des cas où, auparavant, elle ne compétait point. C'est lui qui délivrait la formule, et la formule mentionnait la *justa causa* en vertu de laquelle avait eu lieu la tradition [26]. Donc, si le préteur n'admettait originairement que la vente comme *justa causa*, ce qui est possible, c'est lui-même qui, plus tard, aura consenti à se contenter d'autres *justæ causæ ;* la jurisprudence ne pouvait intervenir ici ; tout dépendait du préteur. Lorsqu'il a voulu généraliser, il a naturellement modifié son édit pour le mettre d'accord avec sa pratique. Nous venons de voir que, si cette application extensive n'a peut-être pas existé dès l'origine (et encore ce n'est là qu'une conjecture vraisemblable qu'on peut appuyer sur la L. 17, D., *h. t.*), elle était admise sans difficulté par Julien, et par conséquent elle devait s'appuyer sur l'Edit de Julien. Il est impossible d'admettre qu'à une époque où l'on accordait la Publicienne à tout possesseur de bonne foi ayant reçu tradition, ce grand jurisconsulte, chargé de réviser l'œuvre prétorienne et de lui donner une forme définitive, n'ait pas mis d'accord l'Edit et la pratique, si, par impossible, cela n'était pas fait depuis longtemps [27].

Cette simple observation nous paraît ruiner, par la base, la restitution de Lenel.

26. Lenel, p. 47, *in fine*, affirme lui-même, et avec raison, que tel est le sens évident du *veluti hoc modo* de Gaius, IV, § 36: « Kann kein Unbefangener dem *veluti* eine andere Beziehung geben, denn auf das Beispielsverhæltniss des *emptio* zu dem allgemeinem Begriffe *justa causa traditionis.* »

27. Lenel, p. 50, ligne 27, reconnaît lui-même qu'au temps de Gaius la jurisprudence avait, *depuis longtemps*, étendu la Publicienne à tous les cas d'acquisition *ex justa causa, a non domino.* Or, il ne s'était écoulé qu'une trentaine d'années depuis l'Edit de Julien.

28. — En effet, tout le système de Lenel est basé sur l'hypothèse suivante : les compilateurs auraient reproduit (L. 1, D., *h. t.*), en l'interpolant, l'Édit relatif à la tradition d'une chose *mancipi* faite *a domino*, c'est-à-dire précisément celui qui n'avait plus d'application de leur temps. Ils auraient laissé de côté l'Édit qui protégeait le simple possesseur de bonne foi (le seul qu'ils auraient dû conserver), parce que ce dernier Édit ne donnait d'action qu'à *l'acheteur de bonne foi;* or, la jurisprudence avait étendu depuis longtemps la protection de cet Édit à tout acquéreur *ex justa causa*. La contradiction qui existait ainsi entre le texte restrictif du second Edit dont le « *qui bona fide emit* » de L. 7, § 11, D., *h. t.*, est la seule trace, et les extensions jurisprudentielles qu'il avait reçues, cette contradiction, dit Lenel (p. 42 et s.), a choqué, à bon droit, les compilateurs; ils ont dès lors préféré insérer, en l'interpolant, l'Édit relatif aux *res mancipi*, dont la rédaction était beaucoup plus large.

Voilà le raisonnement de Lenel.

Or, s'il est démontré que l'Edit de Julien protégeait d'une manière générale tout acquéreur *ex justa causa* ayant reçu tradition d'un *non dominus*, et non pas seulement l'acheteur de bonne foi, on ne comprend plus du tout pourquoi les compilateurs n'auraient pas tout simplement reproduit le texte de cet Édit, le seul qui fût applicable de leurs temps, celui qu'ils pouvaient insérer sans corrections, — pour aller prendre un prétendu Edit relatif aux choses *mancipi*, Edit sans application sous Justinien, et qu'il fallait, par suite, gravement mutiler pour l'introduire dans les Pandectes.

D'ailleurs, s'il avait existé un Edit spécial pour le propriétaire bonitaire qui avait reçu, *a domino*, tradition d'une *res mancipi*, les compilateurs auraient évidemment transporté tous les textes relatifs à cet Edit

au titre *de rei vindicatione,* car, sous Justinien, c'est la revendication qui compète à l'acquéreur d'une chose quelconque, lorsqu'il en a reçu tradition *a domino.*

Donc, de ce côté encore nous nous heurtons à une véritable impossibilité. Il ne peut pas avoir existé deux édits, pas plus qu'il n'y a eu deux formules.

29. — Quelles sont donc les raisons qui ont porté Lenel à admettre deux édits? On peut les résumer en deux mots : c'est, d'abord, le « *id quod traditur* » de la L. 1, *pr.*; — en second lieu, c'est le « *qui bona fide emit* » de la L. 7, § 11, D., *h. t.*

Lenel (p. 31) fait remarquer, avec raison, qu'il faut considérer le texte de la L. 1, *pr.*, D., *h. t.*, comme étant bien celui qui est sorti des mains des compilateurs; il faut se garder, dit-il, de corrections arbitraires qui ne pourraient qu'empirer les choses, et, notamment, il ne faut pas, comme Huschke et Mommsen, transformer le « *traditur* » en *traditum est;* tous les manuscrits portent *traditur.*

Ce *traditur* ne peut avoir, dit Lenel, que l'une des deux significations suivantes : « *ce qui est livré* » — ou bien : « *ce qui est susceptible de tradition.* » Nous verrons tout à l'heure qu'il y a un troisième sens possible : « *id quod traditur* » peut signifier : « les choses *nec mancipi,* » par opposition à « *id quod mancipatur,* » qui est synonyme de « les choses *mancipi.* »

Premier sens : *ce qui est livré.* Ce sens n'est pas admissible. Lenel l'affirme avec raison[28]. L'Edit, comme les lois romaines, se distingue par un souci d'exactitude extrême dans le choix des expressions, et particulièrement dans les *temps* des verbes employés. Or,

28. Nous disions déjà, dans la *Nouv. Rev. hist.,* 1885, p. 505, note 63, en parlant des raisons invoquées pour justifier cet emploi du présent *traditur :* « Tout cela n'est pas bien concluant. » Remarquons, toutefois, que c'est bien dans ce sens que les compilateurs ont pris ce mot. Les *Basiliques* traduisent : Ὁ κατὰ παραδόσιν λαβών.

l'Edit publicien prévoyait manifestement le cas où l'on voudrait réclamer des choses dont on aurait reçu tradition. Cette tradition forme l'hypothèse sur laquelle repose le futur « *si quis petet.* » Par rapport à ce futur, elle est donc *chose passée*, et par conséquent, si le préteur n'a pas dit — ce qui était à la fois le plus court et le meilleur : « *si quis rem traditam sibi... petet*, » — il aurait dû nécessairement employer le *futur passé* et dire : « *id quod traditum erit* [29]. »

Quelques auteurs ont cherché à justifier *traditur* par le motif que le présent est quelquefois employé par les écrivains latins à la place du passé [30]. Mais ces auteurs partent de l'idée inexacte que les règles ordinaires de la syntaxe auraient exigé *traditum est*, tandis qu'il aurait fallu : *traditum erit*, ou le participe passé tout seul, sans auxiliaire. En outre, nous ne sommes pas ici dans un des cas où, chez les écrivains latins, le présent peut être mis à la place du passé [31]. Enfin, des licences de style sont inadmissibles dans l'Edit.

Concluons de là que si « *id quod traditur* » figurait dans l'Edit de Julien, ce n'était certainement pas dans le sens de : « ce qui a été livré. »

Jusqu'ici, nous sommes d'accord avec Lenel.

30. — Deuxième sens : *id quod traditionem recipit* [32]. Lenel le considère comme inadmissible.

Le savant auteur allègue que l'Edit exigeait, à coup sûr, non pas que la chose fût susceptible de tradition,

29. C'est ainsi que le préteur s'exprime dans l'Edit sur la *metus* et dans celui sur la fraude : L. 1, D., 4. 2 : « *Quod metus causa* gestum erit, *ratum non habebo.* » L. 1, pr., D., 42, 8 : « *Quæ...* GESTA ERUNT, *de his ei cui* oportebit, *actionem dabo.* »

30. Noodt, *ad lib.* 6, *tit.*, 2. Pellat, p. 449. Cuq, *loc. cit.*, p. 625. Lenel cite encore en ce sens : Van Reenen, *Fontes jur. civ.*. p. 58; Obrock, *De Publ. in rem act. Gott.*, 1843, p. 9; Guyet (même titre). Heidelberg, 1823, p. 30.

31. Sur ces cas, voyez Perizonius, *ad Sanctii Minervam, lib.* 1, *c.* 13.

32. En ce sens : Kritz, *Darstellung praktischer Materien*, p. 81 et suiv., cité par Lenel. Guyet et Obrock, *loc. cit.*, admettraient que ce sens est possible. Je l'avais aussi indiqué dans la *Nouv. Rev. hist.*, 1885, p. 506, note 64.

mais qu'une tradition eût été faite [33]. Les textes le démontrent, en effet; mais cela ne prouve pas que le *id quod traditur* n'ait pas été employé par l'Edit dans le sens de : chose susceptible de tradition, ou, et plus vraisemblablement, selon nous, dans le sens de : *res nec mancipi.* Cela prouve seulement que la nécessité d'une tradition devait être exprimée dans l'Edit par d'autres mots. Supposons, par exemple, que l'Edit fût ainsi conçu :

Si quis id quod traditur, traditum ex justa causa et nondum usucaptum petet, judicium dabo.

Il est clair que cette rédaction échapperait absolument à la critique de Lenel [34].

Lenel objecte encore que si « *id quod traditur* » signifiait : « *id quod traditionem recipit,* » il faudrait alors séparer les mots *ex justa causa* de *id quod traditur* et les joindre à *petet;* car quel sens intelligible pourrait avoir la phrase : *Id quod traditionem ex justa causa recipit?* Mais, si l'on rattache *ex justa causa* à *petet* [35], le sens serait que le préteur donne une action pour toutes choses susceptibles de tradition, à la seule condition qu'il y ait une *justa causa petendi.* Or, ne serait-il pas singulier de voir le préteur promettre une action, à la condition que l'on eût une juste cause d'in-

33. G., IV, 36. — I., IV, 6, § 4. — Theoph., *eod.* — L. 3, § 1, L. 7, § 16, *h. t.* — *Bas.*, XV, 2, 1.

34. A la vérité, elle en mériterait une autre : le rapprochement des mots *traditur traditum* a quelque chose de choquant. Nous nous expliquerons tout à l'heure sur ce point. Voyez *infra,* n° 32.

35. Dans ce sens on pourrait invoquer L. 3, § 1, *h. t. Ait Prætor : ex justa causa petet*, et L. 7, § 3, où la Publicienne est accordée à l'acquéreur *ex lucrativis causis*, parce qu'il est un *justus possessor et* PETITOR. Ces raisons nous avaient fait pencher en ce sens (*Nouv. Rev. hist.*, 1885, p. 506, note 64). Mais un examen attentif de l'ouvrage de Lenel nous engage à rejeter ce système. En effet, d'une part Ulpien a pu très bien appeler le donataire un *justus petitor* sans que l'Edit eût parlé d'une *justa causa petendi.* Quant à la L. 3, § 1, il faut remarquer qu'Ulpien ajoute immédiatement : « *Qui igitur justam causam* TRADITIONIS *habet, utitur publiciana;* » ce qui nous porte à croire qu'Ulpien avait écrit : « *Ait Prætor :* TRADITUM *ex justa causa petet*, et non pas seulement : « *ex justa causa petet.* » Sur ce point encore nous sommes d'accord avec Lenel.

tenter une action ? Ce serait un édit bien surprenant!

Cette argumentation, comme la précédente, ne prouve qu'une chose, c'est que le *id quod traditur* dans l'Edit de Julien ne précédait pas immédiatement le *ex justa causa*, qu'il y avait entre les deux un ou plusieurs mots; la rédaction que nous avons supposée tout à l'heure écarte encore absolument l'objection. Lenel admet lui-même que l'Edit de Julien a été profondément altéré par les compilateurs, il rétablit le mot *traditum* avant *ex justa causa*. Nous adoptons cette restitution; mais de ce que, dans l'Edit de Julien, il y avait : *traditum ex justa causa*, il ne résulte nullement qu'il n'y eût pas *aussi* dans cet Edit les mots *id quod traditur*. Du moment qu'ils figurent au Digeste, ils doivent, jusqu'à preuve contraire, être supposés avoir figuré dans l'Edit de Julien. Or, cette preuve contraire n'est pas faite.

31. — Cependant, Lenel croyant avoir administré cette preuve, et dominé, d'ailleurs, par l'idée préconçue que le premier Edit ne s'appliquait qu'au propriétaire bonitaire, acquéreur d'une *res mancipi a domino* et par la tradition, croit pouvoir écarter toute difficulté en restituant l'Edit de la manière suivante :

Si quis id quod mancipatur traditum ex justa causa a domino et nondum usucaptum, *etc.*

Les compilateurs, travaillant avec la rapidité que l'on sait, auraient tout d'abord transformé, comme ils en avaient l'habitude, *mancipatur* en *traditur*. Nous obtenons ainsi : *Si quis id quod traditur*. Rencontrant ensuite le mot *traditum*, ils ont cru pouvoir le supprimer comme faisant double emploi avec *traditur*. A ce *traditur* ils ont attribué le sens que les *Basiliques* y ont vu, c'est-à-dire celui de : *id quod traditum erit*. Puis, ils ont maintenu le « *ex justa causa;* » mais, arrivés aux mots *a domino,* ils ont corrigé de la manière la plus simple, en les faisant précéder d'une négation :

non a domino. C'est ainsi que, d'après Lenel, l'Edit : *Si quis id quod mancipatur* serait devenu le texte que nous lisons au Digeste.

Ce système est vraiment très ingénieux; c'est dommage qu'il se heurte aux impossibilités que soulève toute doctrine admettant la dualité de l'Edit, sans compter les difficultés que nous avons encore à signaler.

32. — Si l'on parvenait à conserver tout ce qu'il y a de séduisant dans l'interprétation de Lenel, tout en maintenant l'unité de l'Edit, n'arriverait-on pas à une restitution beaucoup plus vraisemblable?

Or, la restitution suivante garde les avantages de celle de Lenel, sans en avoir les inconvénients :

Si quis, id quod traditur vel (ou *vel etiam*) *mancipatur, traditum ex justa causa et nondum usucaptum, etc.*

Les compilateurs ont, sans difficulté, maintenu le commencement : *Si quis, id quod traditur*. Ils ont naturellement supprimé le « *vel mancipatur* »; supprimé aussi le mot « *traditum* », pour les raisons indiquées par Lenel; il eût été, en effet, choquant de mettre : *Si quis id quod traditur, traditum*[36]. Quant au « *non a domino,* » il a été tout simplement introduit par les compilateurs; l'Edit publicien, s'il était unique, comme nous espérons l'avoir démontré, ne distinguait pas entre la tradition faite *a domino* et celle faite *a non domino*.

D'ailleurs, on peut démontrer rigoureusement que l'Edit rapporté L. 1, D., *h. t.*, ne contenait pas, comme le prétend Lenel, les expressions *a domino;* car, dans son commentaire des mots *ex justa causa* (L. 3, § 1), Ulpien dit : *Et non solum emptori bonæ fidei, competit Publiciana, sed et aliis*, c'est-à-dire, de l'aveu même de Lenel (p. 39) : *bien que la formule type ne*

36. Voy. *supra*, note 34.

*parle que d'*emptio, *cependant, puisque l'Edit promet la Publicienne dans tous les cas de tradition* ex justa causa, *cette action compétera à d'autres qu'à l'acheteur de bonne foi.* Ces mots, *bonæ fidei,* supposent nécessairement que, dans la pensée du jurisconsulte, l'Edit qu'il commentait pouvait s'appliquer aux cas d'acquisition *a non domino.*

Lenel, qui saisit fort bien la force de l'argument, s'en tire par un moyen désespéré : *bonæ fidei* serait une interpolation. Mais on ne voit pas du tout quelle nécessité l'aurait dictée. Si Ulpien avait écrit tout simplement : *et non solum emptori*, pourquoi les compilateurs se seraient-ils crus obligés à ajouter *bonæ fidei?* Il ne s'agit pas, dans la L. 3, de déterminer à quelles conditions l'acheteur, le donataire, etc., ont la Publicienne, mais seulement d'énumérer les divers titres qui peuvent servir de base à cette action; et si les compilateurs avaient inséré ici *bonæ fidei*, ils auraient nécessairement inséré la même expression dans tous les cas énumérés par Ulpien : dot, paiement, donation, etc.; car, dans tous ces cas, il faut que la tradition ait été reçue de bonne foi. Par conséquent, au fond, la seule raison sérieuse que puisse avoir Lenel de considérer les mots *bonæ fidei* comme interpolés, c'est qu'ils renversent son système.

Dans le nôtre, ils s'expliquent très aisément. La Publicienne n'a pas été introduite *principalement* en faveur du propriétaire bonitaire, mais au profit du possesseur de bonne foi [37]. Le propriétaire bonitaire a, sans doute, profité *a fortiori* de cette protection que le changement des conditions économiques rendait à son égard très opportune; mais enfin c'est au possesseur de bonne foi, et particulièrement à l'a-

37. Voyez L. 17., D., *h. t.*, et *supra*, Chapitre III.

cheteur de bonne foi que le Préteur a surtout pensé [38].

Aussi, après avoir posé le principe dans les termes larges de l'Edit (*traditum ex justa causa*), le préteur, proposant une formule type, ajoutait-il, ainsi que nous le verrons plus loin avec plus de détail : *Ei qui bona fide emit talem formulam dabo : Si quem hominem Aus Aus emit et is ei traditus est anno possedisset, etc.* (G., IV, § 36). Dès lors, on comprend fort bien qu'Ulpien, commentant « *ex justa causa*, » ajoute : « Bien que le préteur, lorsqu'il établit la formule, ne parle que de l'acheteur de bonne foi, cependant la Publicienne compète à d'autres personnes, puisque le préteur promet de la donner dans tous les cas de tradition *ex justa causa* : « *ait prætor* (*traditum*) *ex justa causa petet. Qui igitur justam causam traditionis habet, utitur Publiciana ; et non solum emptori bonæ fidei competit Publiciana, sed et aliis*, *etc.*

Donc l'Edit ne contenait pas les mots *a domino*.

33. — D'un autre côté, on admet généralement, et avec raison, qu'il ne contenait pas les expressions *non a domino* ; ces mots ont été interpolés par les compilateurs dans la L. 1, *pr.*, D., *h t.* [39].

En effet, à l'époque classique la Publicienne protégeait à la fois le propriétaire bonitaire, — acquéreur *a domino* d'une *res mancipi* qu'on s'était borné à livrer sans la manciper, — et le possesseur de bonne foi, acquéreur *a non domino*. Sous Justinien, la distinction des choses en *res mancipi* et *nec* ayant disparu, l'an-

38. Voy. la note précédente.

39. En ce sens voy. Reinold, *Dissert. de edicto Publ. c.* II, § 2.— Eckenberg, *Dissert. de Publ.*, *c.* 1, p. 16. — Zimmern, *Ueber das Wesen des sogenannten bonit. Eigent.*, dans le *Rhein. Mus*, t. III, p. 340. — Obrock, *De Publ. in rem act.*, p. 19, cités par Pellat, p. 447, note 1. — Puntschart, *Entwicklung*, etc., p. 354. — Brinz, *Festgabe*, etc., p. 88 et suiv., cités par Lenel, note 8. Lenel admet aussi l'interpolation. — Ajoutez dans le même sens : Mommsen, *Digesta h. l.* — Gimmerthal, p. 65 et suiv. — Schirmer, *Krit. Viertel.*, t. XVIII, p. 348. — Cuq, *Nouv. Rev. hist.*, 1877, p. 627.

cien propriétaire bonitaire n'a plus besoin de la Publicienne; il a la revendication. L'application de la Publicienne paraît donc restreinte au cas d'acquisition *a non domino*; par conséquent les compilateurs avaient des motifs sérieux pour interpoler ces trois mots dans le texte de l'Edit.

D'ailleurs, cette interpolation, ils l'ont réellement faite.

En effet, Ulpien, dans le commentaire étendu qu'il nous donne de chacun des mots de l'Edit, omet précisément ceux-là; donc, ils ne figuraient pas dans le texte primitif, car Ulpien les aurait alors sûrement commentés, et les compilateurs se seraient bien gardés de retrancher ce passage qui aurait acquis, de leur temps, une importance plus grande encore qu'à l'époque classique.

Il y a mieux. Au § 11 de la L. 7, *h. t.*, Ulpien, après avoir terminé le commentaire de la partie de l'Edit rapportée dans la L. 1, arrivant à un autre passage (*Prætor ait :* QUI BONA FIDE EMIT), dit : *Proinde hoc sufficit me bonæ fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim... neque enim dolus venditoris mihi nocebit*. Si le préteur avait expressément déclaré, dans son Edit, que l'acquisition *a non domino* suffisait, Ulpien ne manquerait pas d'invoquer ce texte décisif à l'appui de sa solution, et les compilateurs n'auraient eu aucun motif de supprimer cette citation.

A un autre point de vue encore, ces mots sont en désaccord avec le commentaire d'Ulpien. Aux §§ 2 et 4 de la L. 7, le jurisconsulte donne la Publicienne dans les cas où l'on a acquis d'un fou, d'un mineur ; il suppose évidemment, dans ces hypothèses, que l'on a acheté *a domino*.

Enfin Gaius, au § 36 du commentaire IV, parlant de la Publicienne, dit : *Datur autem hæc actio ei qui* EX JUSTA

CAUSA TRADITAM *sibi rem* NONDUM USUCEPIT, *eamque amissa possessione* PETIT. Les mots en petites capitales se retrouvent dans l'Edit, dont Gaius avait certainement le texte sous les yeux ou dans la mémoire en écrivant ces lignes. Or, au mot *traditam* il n'ajoute pas : *non a domino*, ce qu'il aurait fait si ces mots avaient figuré dans l'Edit.

Des auteurs, en petit nombre [40], ont voulu rattacher « *non a domino* » à « *petet* » ; le sens serait que le préteur ne donne pas l'action contre le *dominus*, ce qui est certainement inexact ; car alors, le propriétaire bonitaire, acquéreur d'une *res mancipi* par la tradition, n'aurait pas la Publicienne contre l'aliénateur resté *dominus ex jure Quiritium* [41]. La Publicienne est si bien donnée contre le *dominus*, qu'on est forcé de munir ce dernier d'une exception (L. 16, 17, D., *h. t.*). Or, les moyens de défense prévus par l'Edit même qui promet une action ne sont jamais invoqués par voie d'exception ; mais on peut dire d'eux : *perpetuo insunt actioni*, témoin la formule de l'action Servienne, des Interdits, etc. [42].

D'ailleurs, les mots *non a domino* sont synonymes de *a non domino*, témoin la L. 7, § 11 : *quamvis non a domino emerim*. Gaius (II, § 43) parle aussi de *res quæ non a domino nobis traditæ fuerint*, et c'est bien dans ce sens que les *Basiliques* (15, 2, 1) ont traduit la L. 1, D., *h. t.* : ὁ κατὰ παράδοσιν λαβὼν παρὰ μὴ δεσπότου. D'un autre côté, les mots en question ne sont jamais employés pour indiquer le défendeur à la Pu-

40. Bethmann-Holweg, *Civilproc.*, II, p. 310 cité par Lenel. — Voigt, *Jus naturale*, IX, p. 479, n. 16.

41. Voy. Cuq, p. 626.

42. Lenel, p. 5. — Par exemple, si l'on agit contre moi en vertu de l'interdit *uti possidetis*, je n'aurai pas besoin d'une exception pour faire valoir que la possession de mon adversaire est vicieuse à mon égard, car le préteur a exprimé l'intention de ne protéger que la possession non vicieuse à l'égard de l'adversaire.

blicienne, mais ils désignent toujours l'auteur du demandeur [43].

Enfin, si l'Edit avait expressément refusé l'action contre le *dominus*, Neratius (L. 17, D., *h. t.*) n'aurait pas dit : *Publiciana actio non ideo comparata est ut res domino auferatur, ejusque rei argumentum est primo æquitas, deinde exceptio* : « *si ea res possessoris non sit* ». Au lieu d'invoquer, à titre d'*argument*, d'abord l'équité, puis l'exception *justi dominii*, Neratius aurait cité le texte de l'Edit qui n'aurait promis d'action que contre un *non dominus* [44].

34. — Revenons aux premiers mots de notre restitution. « *Id quod traditur vel mancipatur* » signifie : « les choses *nec mancipi* et même les choses *mancipi* » ; l'acquéreur est protégé, alors même que, s'agissant d'une *res mancipi*, il n'a pu croire acquérir par la tradition la propriété quiritaire.

Cicéron, Top. c. 5, désigne les choses *mancipi* par l'expression : « *id quod nexo traditur* [45]. Donc les mots « *id quod traditur*, *id quod mancipatur* » sont des tournures très admissibles pour désigner les choses *mancipi* ou *nec mancipi* et correspondent parfaitement à la terminologie romaine.

Si l'Edit avait été rédigé comme le veut Lenel : *Si quis id quod mancipatur, traditum ex justa causa, etc.*, les compilateurs, voyant, dès le premier mot, qu'il y aurait à modifier profondément le texte, auraient bien plutôt supprimé le *id quod mancipatur*, et mis, par exemple : *Si quis id quod traditum erit*, ou plus simplement encore, comme Gaius (IV, 36) : *Si*

43. L. 7, § 1, L. 9, § 4, L. 12, § 3, L 15, D., *h. t.* — L. 31, § 2, D., *De act. empti*, 19. 1. — L. 21, § 1, D., *De pignor.*, 20, 1. — L. 11, L. 13, *pr.* D., *De damno infect.*, 39, 2. — L. 24, C., *De except. rei jud.*, 44, 2.

44. Lenel, p. 6.

45. Lenel, p. 32, 33.

quis ex justa causa traditam sibi rem, etc. C'est leur imputer une bien grande légèreté que de leur faire transformer, pour ainsi dire machinalement, *mancipatur* en *traditur*, alors que cela aboutissait à la construction d'une phrase incorrecte. Non ! Si le *traditur* ne figurait pas dans l'Edit, ils ne l'y auront pas mis. Mais si l'Edit contenait ce mot, on comprend qu'ils aient voulu le conserver, du moment qu'il n'était pas indispensable de le supprimer.

La restitution que nous proposons n'est-elle pas bien plus vraisemblable ? Le préteur accorde la Publicienne pour toutes les choses dont on fait tradition et même pour celles que l'on mancipe, ce qui est plus grave ; car dans ce cas l'acquéreur, eût-il acquis *a domino*, n'a pu ni devenir, ni même croire qu'il est devenu propriétaire quiritaire.

En outre, si le *id quod traditur* figurait dans l'Edit de Julien, on comprend aisément qu'on ait pu appliquer la Publicienne aux servitudes, lorsqu'on eut reconnu que, bien que choses incorporelles, elles étaient susceptibles de tradition [46].

Voilà pour les mots « *id quod traditur ;* » on voit qu'ils s'expliquent très bien sans admettre l'existence de deux édits.

35. — Arrivons au second motif invoqué par Lenel.

Ulpien, après avoir achevé le commentaire de l'Edit rapporté L. 1, *pr.*, D., *h. t.*, ajoute (L. 7, § 11): *Prætor ait : « Qui bona fide emit. » Non igitur omnis emptio proderit, sed ea quæ bonam fidem habet. Proinde hoc sufficit, me bonæ fidei emptorem fuisse, quamvis non*

46. Comp. G., II § 28. « *Incorporales res traditionem non recipere manifestum est.* — L. 1, § 2, D., *De serv. præd. rust.*, 8, 3, : *Traditio plane et patientia servitutium inducet officium prætoris* (Ulpien). Voy. aussi L. 20, D., *De servit.*, 8, 1.

a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit; neque enim dolus venditoris mihi nocebit.

La question à résoudre est celle de savoir où se trouvaient ces mots : « *Qui bona fide emit* » ? On y a répondu de quatre manières différentes :

36. — 1° Dans un premier système, on cherche à faire rentrer ces mots dans l'Edit rapporté L. 1, D., *h. t.*

Pellat propose d'y lire : *Si quis id quod bona fide emit, vel id quod traditur ex justa causa, etc.*

Mommsen propose une restitution analogue : *Si quis id quod bona fide emit, traditum ex justa causa, etc.*

Mais c'est transformer *qui* en *quod;* de plus, dans la restitution de Mommsen, à quoi bon le « *ex justa causa* » après le « *quod bona fide emit;* » si l'on a acheté de bonne foi, il n'est pas nécessaire d'exiger en outre une *justa causa traditionis.*

Puntschart [47] l'a compris : aussi supprime-t-il tout simplement le « *ex justa causa.* » Il lit : *Si quis id quod bona fide emit quodque ei traditum est, petet.* C'est un procédé encore plus violent que le précédent.

Brinz [48] restitue ainsi : *Si quis id quod traditum est ex justa causa, puta ei qui bona fide emit, nondum usucaptum petet, judicium dabo.*

Quel style le préteur eût employé! Après *si quis*, au nominatif, le préteur aurait mis : *ei! Si quis* appellerait naturellement: *is*. Et puis, quelle maladresse dans cet art, la rédaction d'un texte législatif, où les Romains étaient passés maîtres ; il leur aurait fallu donner des exemples pour exprimer leur pensée !

D'ailleurs, tous ces systèmes se heurtent à une objection irréfutable. Si le « *qui bona fide emit* » avait

47. *Entwicklung des Grundges. Civilrechts der Rœmer*, p. 353 et suiv., cité par Lenel, p. 10.

48. *Festgabe zum Arndts'schen Jub.*, p. 101, cité par Lenel, p. 11. Dans le même sens voy. Bechmann, *Kauf*, p. 386.

figuré dans l'Edit rapporté L. 1, *h. t.*, on ne voit pas pourquoi les compilateurs auraient supprimé ces mots, puisqu'ils n'hésitent pas à les reproduire un peu plus bas [49].

Donc, ces mots ne figuraient pas dans la partie de l'Edit que la L. 1, D., *h. t.*, nous rapporte en l'altérant.

37. — 2° Huschke [50], Rudorff [51] et Cuq [52] soutiennent que « *qui bona fide emit* » se trouvait, non pas dans l'Edit, mais dans la formule.

Mais d'abord, il faudrait alors qu'il y eût eu deux formules, car la mention de la bonne foi ne convient guère au propriétaire bonitaire, acquéreur *a domino*. Or, nous espérons avoir démontré qu'il n'y en avait qu'une. Supposons même, avec Huschke, que la formule de Gaius fût celle du propriétaire bonitaire, et que celle de l'acheteur de bonne foi eût contenu la mention de la bonne foi ; Huschke lui-même [53] n'arrive point à faire entrer le « *qui bona fide emit* » dans la formule de Gaius ; il supprime le *qui*, et met : *Si quem hominem A^us A^us* BONA FIDE EMIT. D'ailleurs, la mention de la bonne foi est complètement inutile dans la formule, car la question posée au juge est celle de savoir si le demandeur aurait usucapé s'il avait possédé pendant le délai prescrit. Or, un acheteur ne peut usucaper que s'il est de bonne foi. La formule de Gaius (IV, 36), sans y rien ajouter, convient donc parfaitement à l'acheteur de bonne foi, et rien ne nous au-

49. Le même motif doit faire repousser une autre restitution qu'on pourrait être tenté de trouver plus vraisemblable : « *Si* is *qui bona fide emit*, *id quod* ei eo nomine *traditur*, vel *ex* alia *justa causa et nondum usucaptum petet, judicium dabo.* » Les additions sont en caractères ordinaires. Si l'Edit avait été rédigé ainsi, les compilateurs n'auraient eu rien à y retrancher.
50. P. 13.
51. P. 75.
52. P. 628.
53. P. 14.

torise à y faire rentrer le « *qui bona fide emit*, » alors surtout qu'il faut pour cela supprimer le relatif « *qui* ».

38. — 3° Système de Lenel : « *Qui bona fide emit* » figurait dans un second Edit, celui-là spécial à l'*acheteur* de bonne foi ; tandis que le premier Edit, reproduit avec diverses altérations dans la L. 1, prévoyait le cas de l'acquéreur *ex justa causa* d'une *res mancipi* reçue *a domino* par la tradition.

Après avoir démontré que les mots « *qui bona fide emit* » ne pouvaient figurer ni dans l'Edit rapporté L. 1, D., *h. t.*, ni dans la formule, Lenel en conclut qu'ils devaient se trouver dans un second Edit, uniquement destiné à protéger l'*acheteur* de bonne foi [54]. Partant de cette idée, Lenel conclut que le premier Edit devait avoir un but différent. Ce but ne pouvait alors être que la protection du propriétaire bonitaire.

Dans ce système, le § 10 de la L. 7 : *Si* EGO *non emero, sed servus meus*, etc., serait le commentaire du mot « EI », qui précédait naturellement la phrase « *qui bona fide emit* ». Nous sommes d'accord avec Lenel (p. 12 et 13) sur ce point [55].

Ulpien, du § 7 au § 11 inclusivement, commente les mots « *qui bona fide emit* » ; puis, au § 16, il dit : *Ut igitur Publiciana competat, hæc debent concurrere : ut et bona fide quis emerit, et ei res empta eo nomine sit tradita.*

Ulpien se réfère manifestement ici à une partie de l'Edit où la *traditio* est exigée en cas d'*emptio bonæ fidei*. Le mot *igitur* prouve, d'ailleurs, qu'il venait à l'instant même de citer des expressions de l'Edit exigeant cette tradition; ce mot ne peut se rapporter

54. Rappelons ici la restitution proposée par Lenel : « *Ei qui bona fide (non a domino?) emit, si rem traditam sibi et nondum usucaptam petet, judicium dabo.* »
55. Voy. aussi Schirmer, *loco cit.*, p. 349 et suiv.

à la citation faite longtemps auparavant dans la L. 1, D., *h. t.*, et qui, dans le commentaire d'Ulpien, était séparée du fragment en question par un intervalle beaucoup plus long encore que celui qui existe actuellement au Digeste; car les compilateurs ont naturellement dû, *brevitatis causa*, supprimer bien des choses. Ce raisonnement nous semble irréfutable.

Mais faut-il ajouter, avec Lenel, que cette phrase placée après « *ei qui bona fide emit* » et supprimée par les compilateurs, aurait été « *si rem traditam sibi* » et aurait fait partie du second Edit imaginé par Lenel [56] ?

Ici, Lenel nous paraît faire fausse route.

En effet, si ces mots avaient immédiatement suivi le « *qui bona fide emit* » et s'ils avaient fait partie de la même phrase, on ne voit pas du tout pourquoi les compilateurs les auraient supprimés; on ne comprend pas davantage pourquoi ils auraient effacé les mots « *et nondum usucaptam petet*, » qui formaient, d'après Lenel, la fin de la phrase. Si, au contraire, l'on admet qu'Ulpien, lorsqu'il parle ici et jusqu'à la L. 9, § 4 inclusivement, de la nécessité de la tradition, commente *la formule*, on conçoit très bien que les compilateurs aient supprimé la citation des termes de la formule. L'abolition du système formulaire devait les porter, en effet, à effacer tout ce qui avait trait à la formule.

39. — Enfin, les mots *nondum usucaptam* sont commentés, d'après Lenel, dans la L. 9, § 5, 6 et dans la L. 11.

Ulpien s'y occupe, en effet, de cas où l'usucapion a rencontré un obstacle, soit que la chose ne fût pas susceptible d'usucapion, à raison de sa furtivité par exemple (L. 9, § 5), ou parce qu'il s'agit d'une servitude (L. 11, § 1), ou parce qu'il s'agit d'une portion

56. Voy. *supra*, n° 38, note 54.

d'une chose, portion qui n'a pu être possédée comme objet distinct (L. 11, §§ 2, 5, 6), et que, par suite, on n'était pas en train d'usucaper [57], ou bien parce que celui qui a possédé n'est pas l'acheteur, et par conséquent manque de juste titre (L. 11, *pr.*), ou, enfin, parce qu'il s'agit d'une personne morale à qui l'on pourrait hésiter à attribuer la possession (L. 9, § 6).

Il est parfaitement vrai qu'il s'agit, dans les passages cités, de la possibilité de l'usucapion. Mais, précisément à cause de cela, on doit admettre qu'Ulpien y commente la fiction de la formule, plutôt que le *nondum usucaptum* de l'Edit.

Pourquoi les choses furtives, par exemple, ne peuvent-elles pas être réclamées par la Publicienne ? Manifestement parce que la fiction de possession annale ou biennale contenue dans la formule ne mènerait à rien, l'usucapion n'ayant pu s'accomplir. Ce n'est pas le *nondum usucaptum* de l'Edit qui s'y oppose, car il n'a pas empêché d'appliquer la Publicienne aux servitudes, en modifiant bien entendu la formule. Ce « *nondum usucaptum* » n'exige pas expressément une usucapion commencée ou possible, il implique seulement que le préteur a surtout pensé à ce cas-là. Admettons même que les fragments cités puissent être aussi vraisemblablement le commentaire des mots *nondum usucaptum* du second Edit supposé par Lenel, que le commentaire de la formule type ; à égale vraisemblance, notre interprétation doit être préférée, puisqu'elle supprime les difficultés inextricables auxquelles on se heurte, si l'on admet avec Lenel l'existence de deux Edits.

40. — Ces difficultés, ou plutôt ces impossibilités, nous les avons signalées plus haut ; mais l'énumération que nous en avons faite n'est pas encore complète ; ici

57. Comp. L. 23, § 7, D., *De reiv.*, 6, 1.

en effet surgit une nouvelle raison de rejeter le système de Lenel.

Si l'on suppose avec lui qu'il y avait deux Edits, et que le « *qui bona fide emit* » faisait partie du second, il faut admettre que les compilateurs ont absolument bouleversé l'ordre du commentaire d'Ulpien et transporté beaucoup de fragments relatifs à l'acheteur de bonne foi dans la partie du commentaire qui parlait du propriétaire bonitaire.

En effet, les §§ 2, 3, 4, 7 de la L. 7, loi qui, selon Lenel, commenterait le cas du propriétaire bonitaire, ces paragraphes, disons-nous, ne peuvent absolument pas se rapporter à ce cas, mais s'appliquent évidemment à l'hypothèse d'un possesseur de bonne foi.

Dans les §§ 2 et 4, il s'agit d'un individu qui achète de bonne foi d'un fou ou d'un mineur, et qui, par conséquent, ne peut devenir propriétaire bonitaire.

Dans le § 3, les expressions de *justus possessor*, qu'Ulpien applique au donataire, ne conviennent guère à un acquéreur *a domino*, mais plutôt à un possesseur de bonne foi. Ulpien ajoute que la Publicienne compète au donataire même contre le donateur. Donc, il ne peut s'agir ici d'une *res mancipi* livrée *a domino* à titre de donation, car, par suite de l'exception *legis Cinciæ*, le donataire n'aurait, le plus souvent, qu'une Publicienne inefficace contre le donateur, la tradition ne rendant point la donation *perfecta* lorsqu'elle a pour objet une *res mancipi*. Il faut donc supposer une *res nec mancipi*.

Dans le § 7, on suppose qu'un individu jure qu'il est propriétaire; il ne devient certainement pas par là propriétaire bonitaire, puisque la Publicienne ne lui est donnée que contre celui qui a déféré le serment.

Ainsi, si le système de Lenel était vrai, les compilateurs auraient, sans la moindre raison, transporté dans le commentaire du premier Edit, des fragments où

Ulpien parlait du second ; et remarquez qu'ils l'auraient fait sans la moindre nécessité, sans le moindre motif, puisqu'ils pouvaient fort bien les laisser à leur place ! Et puis, s'ils en transportaient quelques-uns, pourquoi ceux-là plutôt que d'autres ? Pourquoi pas tous ?

41. — Lenel, qui pressent l'objection, invoque, à l'appui du bouleversement qu'il suppose, le désordre qui règne dans la L. 7, depuis le début jusqu'au § 10 exclusivement :

En effet, dit-il, les §§ 2 et 4 (vente faite par un fou ou par un mineur) sont des cas de *bonæ fidei emptio* et devaient naturellement se trouver à la suite l'un de l'autre, car les deux cas sont réunis par la plus étroite connexité ; ils devaient aussi se placer, soit après la mention de la *bonæ fidei* [58] *emptio* dans la L. 3, § 1, soit (et c'est la conviction de Lenel) après le « *qui bona fide emit* » de la L. 7, § 11. — Au lieu de cela, ils sont fort loin de ces deux passages, et de plus, ces deux cas sont séparés l'un de l'autre par l'intercalation d'une hypothèse tout à fait différente, celle de l'acquisition en vertu d'une cause lucrative (L. 7, § 3).

Les §§ 6 et 8 ont entre eux le rapport le plus étroit. Le premier dit : *Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit* ; le second tire de cette idée une conséquence : *In Publiciana omnia eadem erunt quæ et in reivindicatione diximus*. Ces deux fragments devaient se suivre sans intervalle et vraisemblablement être unis par une conjonction comme *itaque*, *igitur*. Au lieu de cela, ils sont séparés par le § 7 relatif à la Publicienne donnée à celui qui a juré être propriétaire !

Il faut le reconnaître, le désordre est réel. Mais il peut être dû à tant de causes qu'il n'y a rien à en con-

58. Que Lenel considère comme interpolée.

clure en faveur du système de Lenel. D'abord, combien de fragments ont pu être supprimés, fragments que marquaient la suite et la transition des idées ! Puis, après avoir fait une première série d'extraits, le compilateur n'a-t-il pas pu, en relisant le livre d'Ulpien, ajouter quelques nouveaux fragments qu'il a intercalés dans son premier travail, et pas toujours à la place la plus heureuse ? Le désordre n'est donc pas un argument. Dans tout travail de ce genre, il sera bien souvent impossible de l'éviter, surtout si, comme les compilateurs, on tient à aller vite.

42. — 4° Système de Schirmer [59]. Après avoir promis la Publicienne à tout acquéreur *ex justa causa*, le préteur indiquait en quels termes il rédigerait la formule. Mais, comme cette formule mentionnait la *justa causa* en vertu de laquelle le demandeur a reçu tradition et qu'il y a un grand nombre de *justæ causæ*, la formule subissait nécessairement des variations correspondantes. Le préteur devait donc se contenter d'établir une formule type de toutes les actions, et choisir naturellement le cas le plus fréquent, celui d'un achat. Dans ces conditions, le préteur continuait ainsi :

Ei QUI BONA FIDE EMIT, *talem formulam* (ou *formulam in hunc modum conceptam*) *dabo* :

Si quem hominem A^us^ A^us^ emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret, et rel. (G., IV, § 36).

Ce système seul est admissible. En effet, nous espérons avoir démontré ci-dessus :

1° Que les mots « *qui bona fide emit* » ne pouvaient avoir figuré dans l'Edit rapporté L. 1, D., *h. t.* ;

59. *Op. cit.*, p. 349 et suiv. — Les développements que nous allons donner ici n'appartiennent pas tous à cet auteur ; mais comme ils sont la conséquence logique de son système, nous estimons qu'il ne les désavouerait pas, du moins quant au fond de la pensée.

2° Qu'ils ne figuraient pas non plus dans la formule.

3° Et qu'ils ne formaient point partie d'un second Edit ne protégeant que l'acheteur de bonne foi.

Si le « *qui bona fide emit* » ne figurait ni dans la partie de l'Edit qui précisait les conditions de l'action, ni dans le modèle de formule qui suivait, il n'y a plus qu'une solution possible : ils se trouvaient *entre les deux*. C'était la transition entre l'Edit *monitoire* et la formule type, et s'ils ont été conservés par les compilateurs, c'est qu'ils ne se trouvaient pas dans la formule même; autrement, ils les auraient supprimés, les formules étant abolies.

43. — Ce système emprunte à celui de Lenel tout ce que ce dernier a d'ingénieux, de séduisant et de juste; il échappe à tous ses inconvénients.

Le commentaire d'Ulpien s'éclaire alors d'une vive lumière.

Jusqu'à la L. 7, § 10, Ulpien commente l'Edit rapporté, avec quelques altérations, dans la L. 1, *pr.*, D., *h. t.*

Ce commentaire se termine au § 9 de la L. 7, par une remarque sur la transmissibilité de l'action aux héritiers; c'est presque toujours ainsi qu'Ulpien termine ses explications sur le texte de l'Edit [60].

Avant le § 10 se trouvait une citation que les compilateurs ont retranchée comme inutile; nous la mettons entre crochets: [*Prætor ait : Ei :*] § 10. *Si* EGO *non emero, sed servus meus, habebo Publicianam. Idem est et si procurator meus, vel tutor, vel curator, vel quis alius negotium meum gerens emerit.*

L'opposition entre *ego* et *servus meus*, *procurator*,

60. Voy. L. 1, § 19, D., *Depositi*, 16, 3. — L, 3, § 7, D., *Neg. gestis*, 3, 5. — L. 1, § 44, D., *De vi*, 43, 16, etc.

etc., se comprend, dès lors, parfaitement. Le préteur promet l'action *à celui* (EI) qui a acheté de bonne foi. Ulpien, commentant cet Edit, nous montre qu'il ne faut pas prendre ce mot *ei* à la lettre : si ce n'est pas *moi* qui ai acheté, mais mon esclave, mon mandataire, je n'en aurai pas moins la Publicienne.

§ 11. *Prætor ait :* QUI BONA FIDE EMIT. *Non igitur omnis emptio proderit, sed ea quæ bonam fidem habet, etc.* Les §§ 11, 12, 13, 14, 15 sont manifestement le commentaire des mots « *qui bona fide emit* ; » cela n'est contesté par personne.

Au § 16, Ulpien nous parle de la nécessité de la tradition ; nous passons à un autre ordre d'idées ; ce paragraphe devait donc être précédé d'une citation des paroles du préteur, citation supprimée par les compilateurs parce qu'elle appartenait à la formule.

Après « *qui bona fide emit,* » Ulpien n'avait pas à commenter : « *formulam in hunc modum conceptam dabo.* » Il n'avait pas non plus à parler du commencement de la formule : « *Si quem hominem A^{us} A^{us} emit,* » car le mot *emit* était déjà suffisamment expliqué par le commentaire sur « *qui bona fide emit* ; » mais il rencontrait alors les mots « *et is ei traditus est.* » Ce sont ces mots qui ont été supprimés en tête du § 16 ; nous les mettons entre crochets ; il y avait :

[*Prætor ait : Et is ei traditus est.*] § 16. *Ut* IGITUR *Publiciana competat hæc debent concurrere : ut et bona fide quis emerit, et ei res empta eo nomine sit tradita ; cæterum ante traditionem, quamvis bonæ fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit.*

C'est la formule qui est ici commentée ; la preuve, c'est qu'au § 17, Ulpien ajoute : *Julianus lib. VII Digestorum scripsit : traditionem rei emptæ oportere bona fidei fieri ; ideoque si sciens alienam possessionem adprehendit, Publiciana eum experiri non posse,* QUIA

USUCAPERE NON POTERIT. Ces derniers mots se rapportent manifestement à la fiction contenue dans la formule. Il ne servira de rien au demandeur d'être considéré comme ayant possédé pendant le délai de l'usucapion, s'il a de mauvaise foi reçu tradition, car, malgré le temps de possession qu'on lui suppose, sa mauvaise foi l'empêche d'usucaper.

Il est d'ailleurs certain qu'une partie des commentaires sur cet Edit s'appliquait à la formule. N'est-il pas évident, par exemple, que la L. 12, § 5, D., *h. t.* (Paul) : « *Publiciana actione etiam de infante servo nondum* ANNICULO *uti possumus* » est le commentaire des mots « ANNO *possedisset* » de la formule rapportée par Gaius, IV, § 36 ?

C'est aussi de la formule que Gaius s'occupait dans la L. 8 : *De pretio vero soluto nihil exprimitur*, *etc.* (Voy. ci-après, Chapitre XII).

La nécessité de la tradition fait l'objet des §§ 16 et 17 de la L. 7, et Ulpien continue à la commenter dans la L. 7. *pr.*, §§ 1, 2, 3, 4.

Au § 5, il dit : *Hæc actio in his quæ usucapi non possunt*, *puta furtivis*, *vel in servo fugitivo locum non habet.*

Il s'agit ici des rapports de la Publicienne avec l'usucapion ; Ulpien explique ce point aux §§ 5 et 6 de la L. 9 et dans toute la L. 11. Ainsi nous passons à un autre ordre d'idées ; il y avait donc, en tête de ce § 5, une citation nouvelle supprimée par les compilateurs parce qu'elle était tirée de la formule et que les formules sont abolies. Cette citation est aisée à restituer : c'était évidemment la fin de la formule : *anno possedisset*, *tum si eum hominem*, *de quo agitur*, *ex jure Quiritium ejus esse oporteret.*

En résumé, nous croyons qu'en tête de son commentaire sur la Publicienne et à la place où nous

lisons le *pr.* de la L. 1, D., *h. t.*, Ulpien avait écrit [61] :

AIT PRÆTOR : SI QUIS ID QUOD TRADITUR *vel mancipatur*, *traditum* [62] EX JUSTA CAUSA [NON A DOMINO] ET NONDUM USUCAPTUM PETET, JUDICIUM DABO (L. 1, *pr.*, D., *h. t.*).

Ei QUI BONA FIDE EMIT, *formulam in hunc modum conceptam dabo* (L. 7, § 1, D., *h. t.*).

SI QUEM HOMINEM A^{us} A^{us} EMIT ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EJUS EX JURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET, et rel. (G., IV, § 36).

On pourrait croire qu'il faut ajouter la mention de l'exception justi *dominii* et restituer ainsi la fin de l'Edit :

Domino, si qua mihi justa causa videbitur [63], *talem exceptionem dabo :*

Si ea res possessoris non sit [64].

Mais nous exposerons au Chapitre XVI les raisons qui nous portent à croire que cette exception ne figurait pas dans l'Edit.

44. — Ce Chapitre avait été détaché de l'ouvrage, publié dans la *Revue Générale du droit*, 1886, et tiré à part. M. Lenel, à qui l'auteur avait fait hommage d'un exemplaire, a bien voulu lui faire pressentir, avec une extrême courtoisie, et dans la mesure que permet la brièveté d'une lettre, quelques-unes des objections qu'il compte opposer à ce système dans les *Nachtragen zum Edict*, qu'il se propose de publier prochainement. En indiquant ici ces objections, nous complèterons l'ex-

61. Nous mettons en italique ce que nous ajoutons aux textes, et entre crochets ce que nous supprimons.

62. Nous avions précédemment (*Nouv. Rev. hist.*, 1885, p. 505) adopté la restitution déjà proposée par M. Cuq (*loc. cit.*, p. 629) : « *Si quis id quod traditur ex justa causa et nondum usucaptum*, etc. » Mais cette restitution ne rend pas compte du « *traditur* ».

63. L. 57, D. *mandati*, 17, 1.

64. D. 17, D. *h. t.*

posé de la controverse, et nous ne croyons pas que le savant professeur allemand nous sache mauvais gré de n'avoir pu nous résigner à en priver le lecteur.

« A la vérité, dit-il (par politesse sans doute), vous avez raison contre moi sur bien des détails, mais, quant à la question principale, je ne rends pas encore les armes.

« Notamment je ne puis abandonner l'idée de la dualité de l'Edit, je l'abandonnerais plus facilement pour la formule. Votre restitution de l'Edit soulève à mon gré de grosses difficultés. Dans la première phrase de votre restitution, l'Edit, par les mots : « *traditio ex justa causa* » ne requiert ni le droit de propriété du *tradens*, ni la bonne foi de l'acquéreur; cela est-il plausible? — Dans votre seconde phrase, voilà la mention de la bonne foi qui surgit tout d'un coup, quoique cette seconde phrase n'ait pour but, selon vous, que de donner un exemple. — Où trouvera-t-on dans l'Edit, une autre phrase analogue, intermédiaire entre la disposition de l'Edit et la formule, etc? Je ne méconnais pas la valeur de vos arguments, mais les raisons contraires me paraissent encore plus fortes... »

Ces objections sont sérieuses en effet; les prenant en grande considération, nous avons cherché, avec un vif désir d'y réussir, à nous rapprocher davantage du système de Lenel. Il y aurait à la rigueur un moyen de conserver l'unité de la formule (unité qui nous paraît démontrée, et que Lenel n'est pas loin de reconnaître, ce nous semble) tout en admettant la dualité de l'Edit. Dans cette hypothèse le préteur se serait exprimé ainsi :

« *Si quis id quod mancipatur, traditum ex justa causa* (a domino?) *et nondum usucaptum petet, judicium dabo.*

Ei, qui bona fide emit, SIMILE JUDICIUM DABO.

Si le préteur donne la *même action* (*simile judicium*), il y aura unité de formule, malgré la dualité de l'Edit; on pourrait dès lors conjecturer que la Publicienne, d'abord inventée pour le propriétaire bonitaire, a été bientôt après accordée, par cette seconde phrase, à l'acheteur de bonne foi.

Mais nous nous sommes alors heurtés à une objection que nous n'avons pu surmonter. Du temps de Julien, nous l'avons vu plus haut, n° 27, on donnait la Publicienne à tout acquéreur de bonne foi, même au donataire, donc quelle que fût la *justa causa*, et non pas seulement à l'acheteur. Dès lors peut-on croire que l'Edit fût rédigé en termes restrictifs et n'accordât l'action qu'à l'*acheteur* de bonne foi? Julien tout au moins, en rédigeant définitivement l'Edit, n'a-t-il pas dû mettre son texte d'accord avec la pratique? Est-il plausible d'admettre qu'on pût donner la Publicienne à un donataire de bonne foi, acquéreur a *non domino*, alors que l'Edit, après avoir accordé l'action à tout acquéreur *a domino*, ne l'attribuait qu'à l'*acheteur*, en cas d'acquisition *a non domino*, excluant ainsi dans ce cas tous les autres acquéreurs, non seulement par l'expression limitative EMIT [65] mais encore par l'antithèse qu'elle formerait avec la première phrase de l'Edit, qui parle d'une manière générale de toute tradition *ex justa causa*.

Toute issue étant ainsi fermée des autres côtés, il ne nous reste donc qu'à maintenir le système que nous avons adopté, et à examiner si les objections de Lenel sont suffisantes pour le faire écarter :

1re Objection : Dans notre restitution le texte de l'Edit n'exigerait ni propriété chez le *tradens*, ni

65. Expression qui a bien ici le sens d'*achat*, et non pas la signification vague d'acquisition, ainsi que le prouve le commentaire d'Ulpien sur ce mot : L. 7, §§ 11, 12, 16 D. *h. t.*

bonne foi chez l'acquéreur; il requerrait seulement la *traditio ex justa causa*.

Mais, d'une part il n'était pas nécessaire d'exiger expressément la bonne foi : *traditio ex justa causa* suffit ; la bonne foi n'est point distincte du titre, le titre n'est que la justification de la bonne foi [66], la *causa* la plus *justa* au point de vue absolu, devient *injusta* subjectivement quand elle est mise en œuvre par un acquéreur de mauvaise foi ; ce n'est plus qu'un subterfuge pour masquer aux yeux du public une action coupable. Par conséquent, dire *traditio ex justa causa*, c'est nécesairement exiger implicitement soit la propriété de l'aliénateur, soit tout au moins la bonne foi de l'acquéreur. Les intentions du préteur ne sont donc pas douteuses, d'autant plus qu'il ajoute : *et nondum usucaptum* ; cela prouve qu'il suppose une tradition pouvant mettre l'acquéreur *in via usucapiendi*, ce qui implique encore la propriété de l'aliénateur ou la bonne foi de l'acquéreur.

D'autre part, si, comme nous le croyons, l'Edit était unique, il ne pouvait parler de ces deux conditions, car chacune d'elle est requise dans un cas différent ; il aurait donc fallu que l'Edit contînt deux dispositions ; or la dualité de l'Edit se heurte à des objections si graves que nous ne voyons pas du tout comment on pourrait les écarter.

Enfin la formule, que nous connaissons par Gaius avec certitude, ne parle ni de propriété chez le *tradens* ni de bonne foi chez l'*accipiens*. Or, elle a dû être calquée sur l'Edit, nouvel argument pour prouver que l'Edit n'en parlait pas non plus.

2e Objection. Dans la restitution que nous avons adoptée, la mention de la bonne foi surgit tout d'un

66. Voyez le développement de cette idée, *infra* Chapitre XV.

coup, dans une phrase intermédiaire entre l'Edit et la formule [67]; peut-on admettre que cette condition si importante se trouvât ainsi placée dans une phrase destinée seulement à indiquer à titre d'exemple quelle sera la formule dans un cas donné ?

Nous répondrons que nous ne trouvons pas cela bien extraordinaire. Le cas le plus fréquent est celui d'un achat, c'est donc celui pour lequel on donnera une formule type. Or, précisément ce cas présente une particularité : la bonne foi est exigée pour l'usucapion, non seulement au temps de la tradition, comme d'ordinaire, mais encore au moment de la vente ; rien de plus naturel, nous semble-t-il, que de rappeler cette particularité en indiquant que l'action sera donnée non pas à l'acheteur en général, mais à celui-là seul qui était déjà de bonne foi au temps de la vente ; « *ei, qui bona fide emit.* »

3[e] Objection. — On ne rencontre point dans ce qui nous reste de l'Edit de phrases intermédiaires de ce genre. — Cela n'a rien de surprenant. Elles n'étaient nécessaires que dans les cas où la même action pouvait donner naissance à des formules dont la rédaction différait selon les cas; alors l'Edit devait préciser le cas auquel s'appliquait la formule qu'il donnait; cela arrive pour la Publicienne, mais cela devait être assez rare. Puis, les compilateurs du Digeste auront naturellement supprimé le petit nombre de celles qui pouvaient exister, comme se rapportant au système formulaire, et n'ayant plus d'intérêt depuis son abolition. Quant à celle qui nous occupe aujourd'hui, ils l'ont reproduite en partie, parce que cette partie « *qui bona fide emit* » rappelait une des particularités les plus importantes de l'usucapion au titre *pro emptore*, particularité qui

67. *Ei, qui bona fide emit, tale judicium dabo : Si, quem hominem,* et rel.

s'appliquait naturellement à la Publicienne. Il s'agissait donc là d'une règle de fond, que les compilateurs devaient conserver, d'autant plus qu'Ulpien l'avait longuement commentée.

Ainsi s'explique le maintien partiel au Digeste de cette phrase de transition entre l'Edit et la Formule.

CHAPITRE V.

De la fiction contenue dans la formule. — Des choses auxquelles s'applique la Publicienne. (Démembrements de la propriété prétorienne; propriété provinciale).

45. Fiction de la formule; on imagine que le demandeur a possédé un an (ou deux ans). L'année (ou les deux années) imaginaire s'intercale au jour de la *litiscontestatio* qui forme ainsi son point d'arrivée. L. 12 § 5, D. *h. t.* — 46. La Publicienne s'applique à toutes les choses susceptibles d'usucapion. — 47. Elle s'applique en outre aux fonds provinciaux, L. 12, § 2 D. *h. t.*, avec la fiction: *si Italici juris essent.* Elle suffit pour protéger la propriété provinciale. — 48. Elle s'applique à l'emphytéose et à la superficie, mais la formule est alors *in factum.* — 49. De même pour l'usufruit constitué par la tradition, *a domino* ou *non a domino*, L. 11, §, 1. D. *h. t.* — 50. De même pour les servitudes prédiales. Diverses diffficultés. — 51. Publicienne intentée comme action négatoire. — 52. Formule de la Publicienne confessoire. — 53. Et de la Publicienne négatoire. — 54. Explication de la L. 10, § 1, D. *De usurp.* 41, 3. — 54 *bis.* Résumé. La Publicienne protège la propriété prétorienne et ses démembrements prétoriens, acquis ou non *a domino.* — 55. Droits auxquels ne s'applique pas la Publicienne. Hypothèques : L. 13, § 1, D. *h. t.*; motifs. — 56. Hérédités; motifs. — 57. Droits de famille; motifs.

45. — La formule, que nous venons de reproduire d'après Gaius, contient une fiction. Le juge doit supposer que le demandeur a possédé le temps requis pour l'usucapion, rechercher s'il serait alors devenu propriétaire, et dans ce cas lui donner gain de cause.

A partir de quel moment se compte cette année imaginaire?

On pourrait croire que le juge, prenant pour point de départ le moment où le demandeur a reçu ou pris la possession de l'objet, imagine que cette possession a duré plus longtemps qu'elle ne l'a fait en réalité. Il n'en est rien : l'année feinte a *son point d'arrivée* au jour de la *litiscontestatio*, et de là remonte en arrière. Nous aurons l'occasion de le montrer aux Chapitre IX, n° 45, note 8; Chap. XV, n° 182, note 71 *bis* et n° 209, note 129; Chap. XX, n° 283, note 2; n°s 236, note 22, 262, 288. Mais nous pouvons dès à présent invoquer un texte à l'appui de cette manière de voir. C'est la L. 12, § 5, D. *h. t.* :

Publiciana actione etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus.

S'il n'y avait pas ici une difficulté, une raison de douter, Paul n'aurait pas eu l'occasion d'affirmer la recevabilité de notre action. Or, il n'y aurait aucune difficulté si l'année imaginaire se comptait depuis la prise de possession de l'enfant, c'est-à-dire depuis sa naissance. Obligé de supposer que le demandeur a possédé cet enfant un an depuis sa naissance,le juge serait naturellement forcé de supposer que cet enfant a plus d'un an; c'est ce qui serait arrivé si l'action avait été intentée plus tard. Nous resterions donc dans le domaine des choses possibles, et la fiction ne choquerait pas trop ouvertement la réalité; on ne voit pas alors où serait la raison de douter.

Si au contraire l'année remonte en arrière à partir de la *litiscontestatio,* alors la fiction n'est plus dans l'ordre des choses possibles : ni le demandeur, ni personne n'a pu posséder l'enfant avant sa naissance : le juge pourrait dire : le préteur m'ordonne ici de supposer non pas seulement une chose inexacte, cela ne serait rien, c'est le propre de la fiction, mais une chose impossible

et absurde. — Peu importe : la formule n'en reste pas moins impérative, le juge qu'elle lie doit supposer même cette impossibilité, la Publicienne réussira. Telle est la solution logique, c'est aussi celle de Paul [1].

46. — De la fiction contenue dans la formule de notre action, il résulte que la Publicienne est recevable en principe, et que la formule ci-dessus sera donnée pour toutes choses corporelles susceptibles d'usucapion, *res mancipi* ou *nec mancipi*, mobilières ou immobilières.

Mais les textes nous montrent que la Publicienne était usitée dans bien des cas où l'usucapion n'est pas possible (fonds provinciaux, emphytéose, superficie, usufruit, servitudes réelles); la formule devait dans tous ces cas différer profondément de celle qui servait dans le cas normal. Notamment, il ne pouvait être question dans la plupart de ces cas, d'une fiction par laquelle le demandeur serait censé avoir possédé pendant le délai de l'usucapion. Pourtant toutes ces actions n'en méritent pas moins le nom de Publicienne que les textes leur donnent, car elles ont toutes leur source dans l'Edit dont nous venons de donner la teneur.

Le préteur, en effet, s'exprime de la manière la plus générale : *Si quis* ID *quod traditur*...; par conséquent, il s'agit spécialement des *res nec mancipi* (par opposition à : « *id quod mancipatur* », voyez n° 43) et d'une manière plus générale, de tout ce qui est susceptible de tradition au moins *jure prætorio;* l'usufruit, les servitudes, etc., sont compris dans cette large expression. Le

1. En ce sens Bas. Supp. XV, 2, 12. Schol. 28. Nous traduisons: « On se fait cette question, parce que celui qui intente la Publicienne se présente en quelque sorte comme ayant usucapé. Or, comment peut-on être réputé avoir usucapé par le laps d'une année l'enfant qui a moins d'un an (le texte dit τὸν ἀνάλιον dor. pour ἀνήλιον : qui n'a pas un soleil, un an)? Car la fiction doit peu s'écarter de la vérité. Mais quoique les choses soient ainsi, Paul dit cependant qu'on peut intenter l'action réelle publicienne pour l'esclave enfant, bien qu'il n'ait pas encore un an ».

préteur ne dit point d'ailleurs sur quelle base il appuiera l'action, quelle fiction il imaginera pour la faire triompher. Il promet une action à celui qui invoquera une juste cause de tradition, et lorsqu'il ajoute : *et nondum usucaptum*, ce n'est pas dans le but d'exclure de sa protection les droits insusceptibles d'usucapion, mais c'est qu'il pense en premier lieu au droit de propriété, et il déclare qu'il entend sauvegarder l'acquéreur même avant qu'il ait usucapé. Il est vrai de dire que le demandeur n'a pas usucapé, non seulement si le délai n'est pas accompli, mais encore dans le cas où la chose n'est pas susceptible d'usucapion. Par conséquent le *nondum usucaptum* n'exclut pas nécessairement l'application de la Publicienne aux choses insusceptibles d'usucapion, mais indique seulement qu'à l'origine le préteur a pensé seulement à l'acquéreur *in via usucapiendi*. Dès lors, rien n'empêchait de s'appuyer sur la lettre de l'Edit pour introduire des extensions que l'esprit de l'Edit ne favorisait pas, il est vrai, mais qu'il n'excluait pas non plus absolument.

Nous devions présenter cette observation générale avant de passer à l'examen des cas spéciaux.

47. — *a*) *Fonds provinciaux*. — La Publicienne s'appliquait certainement aux fonds provinciaux. Cela résulte tout d'abord de ce qu'il existe dans notre titre deux textes (L. 8 et L. 13), extraits du commentaire de Gaius sur l'édit provincial. Il y parle non pas seulement des meubles, mais de toutes choses (*res*, L. 13, pr.) en général. En outre, Paul, L. 12, § 2, dit : *In vectigalibus et* ALIIS PRÆDIIS QUÆ USUCAPI NON POSSUNT, *Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.* — Le jurisconsulte avait écrit sans doute : *in stipendiariis vel tributariis prædiis quæ usucapi non possunt* ; les compilateurs auront supprimé ces expressions comme ils l'ont fait dans la L. 1, pr., D., *Quib.*

modis ususf. amit., 7, 4, ainsi qu'on le constate en comparant ce texte au § 61 des Frag. Vat. — Cette comparaison montre aussi que les Romains rapprochaient souvent les immeubles des cités, loués à perpétuité ou pour un temps fort long, des immeubles provinciaux.

La situation du propriétaire provincial ressemble en effet beaucoup à celle du fermier de l'*ager vectigalis*.

Tous deux paient un loyer: l'impôt foncier qui pèse sur les fonds provinciaux n'est au fond qu'une redevance payée au peuple ou à César, propriétaires de ces terrains, en échange de la jouissance concédée aux possesseurs; tous deux ont des droits analogues à ceux du propriétaire. Si la loi 12, § 2, *h. t.*, les met ici sur le même plan, c'est qu'on ne peut acquérir par usucapion ni la *propriété* des fonds provinciaux (G., II, § 46), ni le *jus in agro vectigali* [2]. Ainsi, lorsque l'on reçoit tradition, *a non domino*, d'un *ager vectigalis*, en cette qualité d'*ager vectigalis*, on ne peut, par usucapion, acquérir le *jus in agro vectigali*, cependant on aura la Publicienne, si l'on est de bonne foi. De même, si l'on reçoit tradition *a non domino*, mais de bonne foi d'un fonds provincial, on a la Publicienne, bien que la propriété des fonds provinciaux ne puisse s'acquérir par usucapion. On voit le lien entre les deux idées.

Mais, si la Publicienne est applicable aux fonds provinciaux, la formule normale doit nécessairement recevoir des modifications, puisque la fiction de possession pendant le délai de deux ans ne mènerait point le

2. La question de savoir si la *propriété* des *agri vectigales* appartenant aux cités pouvait être usucapée est controversée. Négative: Vangerow, t. 1. § 317, Anm. n° 4, et les auteurs qu'il cite. — Affirmative: Windscheid, § 182, note 5; et les auteurs cités. Cette dernière opinion nous paraît seule fondée. La loi 15, §§ 26, 27, D., *De damno infecto*, 39, 2, distingue très nettement: 1° le cas où le voisin menacé d'un dommage obtient l'envoi en possession contre le fermier *vectigalis*: dans ce cas, il est simplement substitué aux droits de celui-ci, il ne peut usucaper — et, 2° l'hypothèse où l'envoi en possession est prononcé contre la cité elle-même, dont les administrateurs ont refusé de fournir la *cautio damni infecti*; alors le *missus* usucape.

juge à la conclusion que le demandeur est devenu propriétaire par usucapion. Quelles étaient ces modifications?

L'idée qui se présente le plus naturellement à l'esprit est celle d'une fiction par laquelle le fonds revendiqué aurait été censé jouir du *jus italicum* (*si italici juris esset*) [3]. En outre, lorsque l'action était intentée par un pérégrin, on devait lui attribuer fictivement la qualité de citoyen romain; c'est la règle toutes les fois que l'équité réclame l'extension d'une action aux pérégrins [3 bis]. Un pérégrin pourrait, grâce à cette dernière fiction, intenter la Publicienne pour un fonds italique. Si le fonds est provincial, quatre mots de plus suffisent pour rendre l'action recevable. Cette modification étant la plus simple, est aussi la plus vraisemblable.

Huschke (n° 26) admet, pour l'acquéreur *a non domino* d'un fonds provincial, une fiction basée sur la *præscriptio longi temporis: « tum si me ex edicto meo præscriptione eum tueri oporteret.* » S'il avait acquis *a domino* ou prescrit, l'action serait *in factum* (Voy. la réfutation plus bas, n° 49 *in fine*).

Même avec la fiction : *si italici juris esset,* la revendication ne serait pas admissible pour les fonds provinciaux, parce qu'en supposant le fonds italique, il faudrait qu'il eût été acquis par mancipation ou cession *in jure* pour pouvoir être revendiqué. Or, on ne se sert pas de ces modes quiritaires pour acquérir des fonds provinciaux.

Il faut d'ailleurs remarquer que la Publicienne suffira parfaitement, même à ceux qui ont acquis *a vero domino* un fonds provincial, grâce à la double fiction de

3. En ce sens Lenel, *Das Edictum*, p. 132, note 6.

3 *bis*. G., IV, § 37: « *Si modo justum sit eam actionem ad peregrinum extendi.* »

la cité romaine pour les personnes et du *jus italicum* pour l'immeuble.

Du moment qu'un propriétaire provincial jouit de la même protection que le propriétaire bonitaire à Rome, il est inutile d'imaginer une action spéciale pour revendiquer la propriété provinciale; la Publicienne suffit. L'économie des moyens, ce principe si connu de la procédure romaine, a dû produire l'application au sol provincial d'un moyen déjà usité, et dispenser de l'invention d'une action nouvelle.

Nous verrons d'ailleurs au Chapitre XVIII que cette action remplace parfaitement la revendication, et que même le propriétaire quiritaire s'en servait de préférence. C'est ainsi que toute propriété, civile, prétorienne ou provinciale a trouvé sa sanction dans notre action.

Aggenus Urbicus, *de controv. agr.* nous affirme que les provinciaux *vindicant tamen inter se non minus fines ex æquo ac si privatorum agrorum* [3 ter]. Ce mot : *vindicant* convient parfaitement à la Publicienne qui est une revendication fictice, une revendication utile.

Une constitution de Justinien, L. 8, pr. C. *De præscr. trig. ann.*, 7, 39, fait allusion à cette action. En décidant que le possesseur de bonne foi, non seulement aura au bout de dix ou vingt ans une exception contre la réclamation du propriétaire, mais pourra même, s'il perd la possession, intenter une action réelle, l'empereur ajoute : *hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.* On sait que la *præscriptio longi temporis* s'appliquait aux fonds provinciaux, insusceptibles d'usucapion (Voy. Accarias I, n° 245). Par conséquent, du témoignage de Justinien

3 *ter. Gromatici veteres*, édition Lachmann. p. 63.

il ressort que l'acquéreur de bonne foi d'un fonds provincial avait, après l'expiration du délai, une action réelle efficace même contre le propriétaire. Cela s'explique aisément si l'on admet que la Publicienne sanctionnait la propriété provinciale. Voici quel aurait été alors le jeu des actions :

Le propriétaire intente la Publicienne avec la double fiction dont nous avons parlé;

Le possesseur oppose l'exception d'une Publicienne égale (*infra* Chapitre XVII):

Le propriétaire invoque une réplique tirée de ce qu'il a, lui, acquis *a domino*;

Mais le possesseur la brise par la duplique *longi temporis*.

Si ce que nous venons de dire est exact, la nature de la propriété provinciale nous est connue : elle sera identique à celle de la propriété prétorienne, elle s'acquerra et se perdra comme elle. La différence pratique la plus importante rentrera dans la sphère du droit administratif; à part l'impôt foncier, la propriété d'un immeuble provincial pourra être assimilée à la propriété prétorienne d'un immeuble italique. Ajoutons l'impossibilité de devenir propriétaire quiritaire d'un tel immeuble et de l'aliéner par les modes du droit civil, d'où la conséquence que la tradition suffira pour rendre *perfecta* la donation d'un tel immeuble [3 quater].

48. — *b*) Pour les *agri vectigales* au contraire, et pour les édifices superficiaires [4], il est évident que la

3 *quater*. Frag. Vat. § 293.

4. L. 12, § 3. D., *h. t. Idem est et si superficiariam insulam a non domino emero*. On sait que les *vectigalia prædia* sont des fonds appartenant au peuple ou à des cités et loués à perpétuité. Le preneur a un droit réel prétorien sanctionné par une action *in rem :* L. 1, § 1, L. 3, D., *Si ager vectigalis*, 6, 3. — Le superficiaire est celui qui a loué à perpétuité ou pour un temps très long un terrain sur lequel il a bâti. On se demandait si le contrat était un louage ou une vente. Le superficiaire a une *actio in rem*, et cette action est appelée *utilis* (L. 1, § 3, 4, D., *De superficiebus*, 43, 18); c'est un point à noter.

formule devait recevoir des modifications plus considérables. Il semblerait naturel, au premier abord, de rechercher quelle pouvait être la formule de l'action de l'emphytéote ou du superficiaire lorsqu'ils tiennent leur droit *a vero domino*, et de voir comment on doit modifier cette formule pour l'appliquer au cas d'acquisition *a non domino* [5]. Mais comme nous ne connaissons pas la formule du titulaire du droit, il faudrait la conjecturer, puis imaginer la modification qu'elle subit lorsqu'elle est intentée par un acquéreur *a non domino*, en un mot, baser une conjecture sur une autre conjecture, ce qui constitue une méthode peu sûre.

Est-il nécessaire d'imaginer deux formules distinctes ? Une seule ne suffirait-elle point pour l'emphytéote et le superficiaire, qu'ils aient acquis ou non *a domino* ? Nous venons de voir que la formule de la Publicienne ordinaire ne variait point, qu'elle convenait également au propriétaire bonitaire et au possesseur de bonne foi. Pourquoi en serait-il autrement ici ? Les textes (L. 12, §§ 2, 3) nous montrent que l'acquéreur de bonne foi d'un droit d'emphytéose ou de superficie avait une Publicienne ; la même action leur suffit parfaitement lorsqu'ils ont acquis *a vero domino*, comme la Publicienne ordinaire suffit entièrement à l'acquéreur de la propriété qui tient son droit du propriétaire véritable.

S'ils ont acquis *a non domino,* ils peuvent se heurter à un droit égal ou supérieur au leur, celui d'un autre acquéreur de bonne foi, ou celui du propriétaire et de ses

5. Pellat (p. 613) propose une formule *in jus*, ainsi conçue : « *Si paret agrum vectigalem* (ou *superficiem*) *secundum legem conductionis ad Aum. Aum.* PERTINERE. » Il appuie l'emploi de l'expression « *pertinere* » sur la L. 181, D., *De verb. sign.*, 50, 16 : « *Verbum illud pertinere latissime patet, nam et his rebus petendis aptum est quæ dominii nostri sint, et eis quas jure aliquo possideamus, quamvis non sint nostri dominii.* » La L. 16, D., *De servit.*, 8, 1, dit aussi : « *is ad quem vectigalis ager pertinet.* » Mais l'action étant prétorienne (pour le superficiaire du moins cela est certain), ne peut être conçue *in jus* que si elle est fictice.

ayants-droit ; si au contraire ils ont acquis *a domino,* leur action réussira toujours : car si, par exemple, un emphytéote acquéreur *a domino* intente l'action publicienne contre un emphytéote acquéreur *a non domino,* et que ce dernier lui oppose qu'il a un droit égal, comme ayant aussi acquis l'emphytéose de bonne foi, *ex justa causa*, le demandeur brisera cette exception par une réplique tirée de ce qu'il a, lui, acquis *a vero domino*, absolument comme dans la Publicienne ordinaire l'acquéreur *a domino* triomphe de l'acquéreur *a non domino* [6].

La Publicienne donnée au superficiaire et à l'emphytéote acquéreur *a non domino* leur suffit donc lorsqu'ils tiennent leur droit du propriétaire. Dès lors, si l'on se rappelle le principe de l'*économie des moyens*, qui domine la procédure romaine [7], si l'on considère l'habitude des Romains de faire servir des moyens déjà connus à sanctionner des institutions nouvelles, et l'habileté qu'ils déployaient dans cet art, il paraîtra probable que l'emphytéote et le superficiaire avaient seulement la Publicienne ; il ne s'agit plus que d'en déterminer la formule, et le problème se trouve ainsi simplifié.

Cette formule devait s'inspirer des termes de l'édit : « *si quis id quod traditur, ex juxta causa... petet* », et, comme il serait difficile d'imaginer ici une fiction appropriée, ce qu'il y a à la fois de plus simple et de plus vraisemblable, c'est de penser que l'action était rédigée *in factum*. Pour préciser les idées, on pourrait proposer la rédaction suivante :

« *Si paret agrum vectigalem, quo de agitur, ex justa causa A° A° traditum fuisse* [8] ».

6 L. 31, § 2, D., *De act. empti.*, 19, 1. Voyez ci-dessus, Chap. IV n° 25 *in fine*, texte et note 17. Voyez aussi *infra* Chapitre XVII.

7. Ihering, t. IV, p. 234 et s. — T. III, p. 12.

8. La bonne foi, quand elle est requise, est naturellement comprise dans l'expression de « *justa causa* ». Voyez plus haut p. 90. Dans le cas spécial de la

49. — c) *Usufruit*. La Publicienne compète, nous dit la L. 11, § 1, D., *h. t.*, lorsque l'usufruit a été constitué par la tradition[8 bis]; selon le droit civil, il aurait fallu la cession *in jure*. Par la tradition l'usufruit n'est établi que *tuitione prætoris*, L. 1, § 1, D., *Quib mod. ususf.*, 7, 4[9]. Ces textes supposent très probablement l'usufruit concédé *a vero domino*, mais en définitive ils s'expriment d'une manière tout à fait générale; il n'y a d'ailleurs aucune raison de refuser la protection prétorienne à l'acquéreur de bonne foi *a non domino*. L'analogie avec l'emphytéose et la superficie nous mène à la même solution.

L'usage et l'habitation suivaient sans doute les mêmes règles.

Quant à la formule, elle devait être conçue *in factum : Si paret A° A° jus utendi fruendi fundo Corneliano ex justa causa traditum fuisse*, puisque le droit ne peut être acquis par l'usucapion.

On ne voit pas quelle fiction on eût pu insérer ici; aurait-on supposé une cession *in jure ?* C'eût été exclure les pérégrins de l'action, ou obliger à y insérer une nouvelle fiction. Il est beaucoup plus simple d'admettre la rédaction *in factum*; le préteur s'est servi de ce

L. 15, § 26, D., *De damno infecto*, 39, 2, la formule serait : « *Si paret Aum Aum in possessionem vectigalium ædium, quibus de agitur, a prætore missum fuisse, cum is cui jus in iisdem vectigalibus pertineret, damni infecti nomine non caveret.*

Supposons que l'emphytéote s'attaque à un autre emphytéote acquéreur de bonne foi, ce dernier opposera une exception dont la teneur serait : « *Nisi is ager vectigalis N° N° ex justa causa traditus fuerit.* » — Si le demandeur prétend avoir acquis *a vero domino*, il répondra par la réplique : « *Aut si Aus Aus a domino conduxerit;* » ou s'ils tiennent tous les deux leur droit du même auteur : « *Aut si A° A° priori ager traditus fuerit.* » — Enfin, si l'emphytéote, acquéreur *a non domino*, intente l'action contre le *verus dominus*, il se heurtera à l'exception *justi dominii*. S'il avait acquis *a vero domino*, il briserait l'exception *justi dominii* de celui-ci par la réplique : « *Agri in perpetuum conducti et traditi.* »

8 *bis*. *Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur.* Sur l'*ususfructus traditus* on peut consulter *Zeitsch. f. Rechtsges.*, VI, 1, p. 6 et Lenel, *Beiträge zur Kunde des Edicts, Zeitschr. d. Savigny Sift.* II, 1. p. 80 et s.

9. Voy. encore. L. 3, D., *Si ususf.*, 7, 6. — L. 25, § 7, D., *De usuf.*, 7, 1 — L. 20, D., *De serv.*, 8, 1. — L. 1, § 2, D., *De serv. præd. rust.*, 8, 3.

procédé pour une autre action réelle, l'action hypothécaire [10].

En tous cas, on ne peut admettre que l'on supposait une possession ou quasi-possession ayant duré le temps requis pour la *præscriptio longi temporis* [11]. Cette fiction n'aurait point fait triompher le demandeur ; le juge, en effet, ne peut tenir compte que du droit civil, ou des instructions qu'il reçoit par la formule. Or, le droit civil ignore la *præscriptio longi temporis* ; le juge aura beau supposer que le demandeur a possédé l'usufruit pendant dix ans, cela ne le mènera à rien [12].

50. — *d*) En ce qui touche les *servitudes prédiales*, la L. 11, § 1, après avoir parlé de l'usufruit, ajoute : « *Itemque servitutibus urbanorum prædiorum per traditionem constitutis, vel per patientiam : forte si per domum quis suam passus est aquæductum transduci, idem rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat* ».

Remarquons en passant que le jurisconsulte n'hésite pas à employer le mot de tradition à l'égard des servitudes. Dans l'exemple qu'il donne, il suppose la tradition faite *a domino* (*per domum suam*) ; on peut se demander si la Publicienne compétait à celui qui avait acquis de bonne foi une servitude réelle d'une personne n'ayant pas la qualité de propriétaire du fonds servant. Les auteurs l'admettent en général [13]. Le préteur en effet n'exige qu'une tradition *ex justa causa*.

10. Arg. L. 11, § 1, § 2, D., *De pign.*, 20, 1.

11. Accarias, § 819 *in fine*. Huschke (voy. plus haut n° 47 *in fine*) ne fait que compliquer les choses lorsqu'il admet la fiction de la *præscriptio longi temporis* accompagnée de la question rédigée *in factum* : « *Tum si me ex edicto meo præscriptione eum tueri oporteret.* » L'action serait alors à la fois fictice et *in factum*. C'est une complication inutile, partant invraisemblable.

12. En ce sens : Lenel, *Das Edictum*, p. 132, texte et note 6.

13. Accarias, § 819, p. 994, texte et note 2. — Windscheid, § 217, note 6.

Il y a pourtant une difficulté. Supposons que le propriétaire du fonds dominant ait acquis une servitude d'un individu qui n'était pas propriétaire du fonds servant, et qu'il veuille intenter la Publicienne confessoire contre le propriétaire véritable de ce fonds servant. Il n'aura qu'à prouver son juste titre et la tradition relativement à la servitude [14]. Mais c'est faire une situation intolérable au propriétaire du fonds servant. Lui imposerons-nous la nécessité de prouver que la concession de la servitude a été faite *a non domino*, en montrant qu'à l'époque de cette concession, c'était un de ses auteurs ou lui-même qui avait la propriété du fonds prétendu servant, et que, par suite, ce fonds ne pouvait appartenir à celui qui a constitué la servitude ? Lui imposer cette preuve, n'est-ce pas ne tenir aucun compte de ce qu'il est défendeur, peut-être même en possession de la liberté de son fonds, enfin de ce qu'il est propriétaire, et par conséquent autorisé, jusqu'à preuve contraire, à exercer dans sa plénitude [15] le droit de propriété ?

Pour écarter cette difficulté, il faut admettre que la Publicienne confessoire sera repoussée par l'exception *justi dominii*, comme la Publicienne ordinaire. Allons plus loin : l'analogie nous mène à décider que si le défendeur prouve seulement qu'il a acquis le fonds servant avec juste titre et comme fonds libre, c'est-à-dire sans qu'il soit question dans ce titre de la servitude prétendue, il obligera le demandeur à établir qu'il tient la servitude *a vero domino*, ou tout au moins du défendeur lui-même ou de ses auteurs [16].

51. — Ceci nous mène à reconnaître que la Publi-

14. S'il ne peut prouver sa propriété sur le fonds dominant, il lui suffira de montrer qu'il a acquis cet immeuble de manière à pouvoir le réclamer par la Publicienne.

15. Comp. Windscheid, § 198, note 16.

16. Voy. note 22 *infra*.

cienne ordinaire pourra être intentée comme action négatoire. Dans l'action négatoire, tout le monde admet que le demandeur est tenu de prouver sa propriété si elle est contestée ; au lieu de faire cette preuve, il se contentera d'invoquer son acquisition avec juste titre [17].

Nous n'avons pas à résoudre ici la question de savoir si le demandeur à l'action négatoire doit encore, au moins lorsque son adversaire est en quasi-possession, fournir la preuve de l'inexistence de la servitude [18].

52. — Quant à la formule de la Publicienne confessoire, Huschke [19] suppose qu'elle contenait la fiction suivante : « *Si lex Scribonia* [20] *lata non esset, et A*^{us} *A*^{us} *biennio servitute usus esset*, ou *ante legem Scriboniam biennio usus esset.* » Cette rédaction nous paraît trop hardie pour être vraisemblable.

Faut-il croire, comme l'enseigne Keller [21], qu'après avoir ordonné au juge de vérifier l'existence d'une *justa causa* d'acquisition, le préteur lui donnait la mission de statuer comme si la servitude « *jure constituta esset a domino?* » Cette fiction n'est pas nécessaire, et nous pencherions plutôt à croire que la formule était rédigée tout entière *in factum* [22].

17. Vangerow, § 354, Anm. et les auteurs qu'il cite ; ajoutez Huschke, *op. cit.*, p. 43.

18. La négative est adoptée par la grande majorité des auteurs allemands. Vangerow, § 353, Anm. 2. — Windscheid, § 198, note 15. — *Contra* : Accarias, § 811 *in fine*.

19. P. 42.

20. On sait que cette loi défendit l'usucapion des servitudes. L. 4, § 29, D., *De usurp.*, 41, 3.

21. *Pand.*, § 185, note 2, cité par Pellat.

22. La mission donnée au juge serait donc de constater que la servitude a été livrée *ex justa causa*, et, à défaut de restitution, de condamner le défendeur.

En général, on donne la Publicienne confessoire non seulement à celui qui, étant propriétaire du fonds dominant, a acquis une servitude *a non domino*, mais encore au simple possesseur publicien du fonds dominant ayant acquis dans les mêmes conditions (Arndts, *Pand.* § 291 *in fine*). Cet auteur, contrairement à l'opinion la plus répandue, refuse la Publicienne à celui qui acquiert la servitude d'un possesseur de mauvaise foi du fonds servant (*loco cit.*, Anm., 2 *in fine*). Il s'appuie sur ce que l'action hypo-

Si la formule avait été fictice, aucune difficulté n'aurait pu s'élever sur la question de savoir si les servitudes constituées *tuitione prætoris* s'éteignaient par le non usage, si l'usufruit en particulier s'éteignait par la *capitis deminutio*. La formule fictice plaçant le titulaire du droit identiquement dans la situation où il aurait été si la servitude avait été constituée *jure civili*, son action fût devenue nécessairement irrecevable toutes les fois que le droit aurait été perdu s'il avait été constitué *jure civili*, et notamment par l'effet du non usage.

Si nous supposons au contraire une formule *in factum*, si le juge par exemple était chargé de constater seulement s'il y avait eu de la part du propriétaire ou du possesseur du fonds servant tradition de la servitude *ex justa causa*, et dans ce cas de condamner le défendeur, on comprend que cette action ainsi formulée pût être efficace même après le délai du non usage, et que les jurisconsultes choqués de ce résultat absurde aient pris soin de l'écarter, sans nous dire d'ailleurs par quel moyen pratique on arrivait à l'éviter. Probablement, en pareil cas, le prêteur refusait l'action, *cognita causa*, ou insérait une exception. Voy. L. 1, *pr*. D., *Quib.*, D. *mod. ususf. am.* 7, 4; comp. Frag. Vat. § 61 — L. 3, D. *Si ususfructus pet.*, 7, 6.

53. — La formule de la Publicienne négatoire est aisée à imaginer. Ce devait être celle de la Publicienne ordinaire, en ajoutant seulement après : « *tum si eum fundum ex jure quir. A^i A^i esse oporteret*, » les mots : « *et ob id Numerio jus non esset, invito Aulo, uti frui fundo Corneliano* (ou : *eundi agendi per fundum Cornelianum*, etc.).

thécaire ne compète pas au créancier lorsque le concédant était un possesseur de mauvaise foi (arg., L. 18, L. 21, § 1, D., *De pignor.*, 20, 1). — Mais on ne peut conclure de l'hypothèque aux servitudes, ainsi qu'on le montrera plus bas, n° 55.

54. — Il faut placer ici un texte intéressant : L. 10, § 1 D. *De usurp.*, 41, 3 : *Hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum ædificiis possint.* Ainsi, lorsque l'on usucape une maison qui jouit, en fait, d'une servitude de balcon ou d'appui sur l'immeuble voisin, on usucape en même temps la servitude qui est un accessoire de la maison. Ce texte, extrait du livre 16 d'Ulpien sur l'Edit, faisait partie de son commentaire sur l'Edit Publicien ; on peut même affirmer qu'il se trouvait placé entre ce qui forme aujourd'hui le § 1 de la loi 11, D., *De publiciana,* 6, 2, et ce qui forme le § 2 de la même loi. C'est donc à propos de la Publicienne qu'Ulpien posait le principe : *servitutes nusquam per se possunt usucapi*[23], *cum ædificiis possunt.*

Si les servitudes peuvent être usucapées avec les maisons, il en résulte que la Publicienne ordinaire avec sa fiction d'usucapion pourra parfois être intentée comme action confessoire [24] :

J'ai acheté *a non domino* une maison dont le balcon s'avance sur l'immeuble voisin et qui jouit ainsi, en fait, de la servitude *projiciendi.* Si je possède ainsi pendant deux ans, j'aurai usucapé la servitude avec l'édifice. Donc, si avant l'expiration de ce délai, quelqu'un met obstacle à l'exercice de la servitude, je pourrai intenter contre lui une action tout à fait analogue à la Publicienne ordinaire et basée comme elle sur une usucapion supposée accomplie [25].

23. Les compilateurs ont mis *longo tempore capi*, voyez Unterholzner, Verjahrungslehre, II, p. 144, cité par Lenel.

24. Sic Lenel, *Das Edictum* p. 132 note 5.

25. Restitution proposée : *si ædes, quas Aus Aus emit et ex ei traditæ sunt, biennio possedisset, tigno in parietem vicini immisso, tum si eas ædes ex jure quiritium ejus esse oporteret, et ob id jus projiciendi ejus esset,* et reliqua.

54 *bis*. — En résumé la Publicienne, on le voit, protège la propriété prétorienne et ses démembrements prétoriens qu'ils aient été acquis *a domino* ou même seulement *a non domino*, pourvu que ce soit de bonne foi. Son rôle reste toujours le même : garantir les droits réels acquis sur une chose en vertu des principes du droit des gens, et sauvegarder les intérêts de l'acquéreur de bonne foi, tant qu'il ne se trouve pas en face d'une personne ayant un droit préférable.

Comme sanction de la propriété provinciale, elle suit absolument les mêmes règles, parce qu'elle s'inspire toujours de la même idée.

55. — Passons maintenant rapidement en revue les droits auxquels la Publicienne ne s'applique pas.

a) *Hypothèque*. Le créancier hypothécaire, acquéreur *a non domino* n'a point de Publicienne en son nom perso nnel. Il ne saurait invoquer son acquisition de bonne foi. La L. 13, § 1, D., *h. t.* (Gaius lib. 7 *ad edictum provinciale*) ne laisse acun doute à cet égard.

« *Interdum nec ex justis possessionibus competit publicianum judicium; namque pigneratitiæ possessiones justæ sunt, sed ex his non solet competere tale judicium, illa scilicet ratione, quia neque creditor, neque is qui precario rogavit eo animo nanciscitur possessionem ut credat se dominum esse.*

Pris à la lettre, le motif donné par Gaius exclurait la Publicienne de ses applications à l'usufruit, aux servitudes, etc. Il faut donc plutôt l'entendre en ce sens que ni le créancier hypothécaire, ni le *rogans* n'acquièrent un droit spécial et distinct, mais qu'ils exercent seulement, comme par une sorte de délégation, le droit du concédant. Ainsi le créancier hypothécaire n'a point la Publicienne lorsqu'il a obtenu son hypothèque d'un *non dominus*. C'est à peine si on lui concède l'action hypothécaire utile au cas où le cons-

tituant est devenu propriétaire après avoir consenti l'hypothèque [26].

La base originaire de la Publicienne, c'est le droit de propriété en germe du possesseur *in via usucapiendi.* Cette idée a pu s'appliquer aux servitudes, autrefois susceptibles d'usucapion (du moins les rustiques), et qui, sous le droit nouveau, s'acquièrent par la *l. t. præscriptio* [27]. Mais l'hypothèque est un droit que le temps ne saurait créer, que la durée ne consacre pas. On ne peut parler ici de l'exercice long et répété d'un droit qu'on a fait sien par l'habitude; le créancier n'exerce qu'une seule fois son droit, qui est de vendre l'objet engagé, et en l'exerçant, il l'éteint. Il n'y a donc pas ici de situation acquise à respecter. Le droit du créancier hypothécaire est intimement lié à celui du débiteur concédant; ce n'est pas un des attributs de la propriété qui se trouve séparé de la propriété même; non, l'hypothèque, par son origine (la fiducie), comme par son résultat (le droit de vendre et de se payer sur le prix) nous montre que c'est l'essence même de la propriété, le droit de disposer qui est ici en jeu. On comprend dès lors que Huschke [28] ait pu considérer l'hypothèque, non pas comme un démembrement de la propriété (car on peut hypothéquer même une créance), mais comme une cession du droit d'aliénation qui appartient au propriétaire. C'est ce droit d'aliénation que le créancier exerce [29], c'est un mandat irrévocable qui lui est donné; quand il agit, c'est le concédant qui agit, il n'a pas acquis une situation spéciale, susceptible d'être protégée par cela seul qu'elle existe. Telle est bien l'idée des textes: « *Si ab*

26. L. 1, pr., D., *De pign.*, 20, 1.
27. L. 1, L. 2, D., *Si serv. vind.*, 8, 5. — L. 12 *in fine*, C., *De præscrip. longi temp.*, 7, 33.
28. P. 44, 45.
29. Inst., II, 8, § 1. — G., II, § 64.

eo qui publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam » L. 18, D., *De pignor* 20, 1. — Pour constituer une hypothèque valable, il faut que le concédant ait la chose *in bonis*, mais le simple possesseur de bonne foi a l'*in bonis* à ce point de vue. De même que, par la Publicienne, il triompherait de tout possesseur qui ne pourrait lui opposer un droit supérieur ou égal, de même son créancier hypothécaire pourra, dans la même mesure, intenter avec succès l'action quasi-servienne [30].

56. — *b) Des hérédités.* — Le préteur avait ici pourvu d'une autre manière aux intérêts que la Publicienne a pour but de garantir. L'interdit *quorum bonorum*, les actions fictices de la qualité d'héritier, enfin la *possessoria hereditatis petitio*, protègent le successeur prétorien qui a obtenu la *bonorum possessio*. Le préteur ne devait pas donner son appui au simple possesseur de l'hérédité, mais seulement à celui qui pouvait invoquer un juste titre, et il a déterminé par son édit les personnes auxquelles il reconnaîtrait ce juste titre: l'institué dans un testament valable *jure prætorio*, puis les parents dans un certain ordre. Ici le titre est tout, la possession rien, et c'est justice; il est trop facile de s'emparer d'un patrimoine sans défense.

A la vérité, le droit civil admettait l'*usucapio lucra-*

30. Voy. *supra*, Chap. III, note 17. — Remarquez que l'hypothèque constituée par un possesseur de bonne foi, n'est pas seulement un *semblant* d'hypothèque; c'est une hypothèque réelle, valable contre tous ceux dont le constituant aurait triomphé par la Publicienne. Le possesseur de bonne foi, la personne qui se trouve *in via usucapiendi*, est en ce sens un *dominus* (voy. L. 4, § 3, D., *De in diem. add.*, 18, 2) capable d'hypothéquer. Cette idée, des plus importantes, et sur laquelle nous aurons à revenir (voy. *infra* n° 358), reçoit une confirmation décisive de la L. 29, D., *De pigner. act.*, 13, 7. Un acheteur de bonne foi de la chose d'autrui la donne en gage à un créancier, et en obtient la remise à titre de précaire. Le créancier hérite du propriétaire de la chose; l'hypothèque s'éteint par confusion « *desinit pignus esse.* » Impossible de dire plus clairement que l'hypothèque était valablement constituée.

tiva pro herede même de la part d'un possesseur de mauvaise foi, mais les raisons d'utilité pratique qui ont fait admettre cette usucapion, et notamment le désir d'empêcher les successions de rester longtemps vacantes, n'impliquent nullement que l'usucapion doive être protégée avant l'expiration du délai de son accomplissement intégral; bien au contraire, toute facilité de la faire cesser doit être laissée à l'héritier véritable, puisque c'est sa prompte acceptation que l'on veut provoquer (*voluerunt veteres maturius hereditates adiri*, G., II, § 55). — Au surplus voyez *infra* n°s 200 à 203.

L'élément de la possession actuelle ne devait donc pas être pris ici en considération.

57. — c) *Des droits de famille.* — On ne trouve pas, en matière de puissance paternelle, d'institution analogue à la Publicienne.

Pour réussir dans les interdits *de liberis exhibendis vel ducendis*, le demandeur doit établir qu'il a réellement la *patria potestas.* Nous ne sommes pas en présence d'un droit qui puisse passer de main en main [31], ni s'acquérir par l'usucapion. Le juste titre, c'est-à-dire la procréation en justes noces, a nécessairement établi le droit.

Il en est autrement de la *manus*, comme nous l'avons vu plus haut [32].

31. Pour adopter, il faut avoir recours à un subterfuge, la cession *in jure*, et s'abriter ainsi sous l'autorité de la chose jugée.

32. *Supra* chap. II, note 22, sur le nº 13 *bis*, *in fine*.

CHAPITRE VI.

Cas où il n'y a pas de propriété prétorienne possible, ou choses accidentellement soustraites à l'application de la Publicienne.

SECTION I. — *Des choses volées. Le vice de furtivité s'étend-il aux produits de la chose volée et autres accessoires.* — *Des res mancipi de la femme en tutelle légitime.*

58. L. 9, § 5, L. 12, § 4, D. *h. t.* — Le vice de furtivité exclut la Publicienne s'il est antérieur à l'acquisition *ex justa causa*. — 59. Résultats pratiques de cette règle. Elle a surtout de l'intérêt lorsque la Publicienne est invoquée par voie d'exception. — 59 *bis*. Résumé ; point de propriété prétorienne possible sur les choses volées. — 60. Le vice de furtivité s'étend-il aux produits, etc. de la chose volée? Position de la question. — 61. Du part de l'esclave volée. L. 48, § 5. D. *De furtis*, 47, 2. — L. 48, § 2, D. *De adq. rer. dom.* 41, 1. — L. 4, § 19. D. *De usurp.* 41, 3. Le part est furtif si la mère était enceinte lors du vol. — 62. Ou, sauf controverse, si elle a conçu chez le voleur. L. 10, § 2, D. *De usurp.* 41, 3. — 63. Rapprochement de ce texte et de la L. 11, § 2, D. *h. t.* Ils faisaient partie du même passage. — 64. Résumé. — 65. Cas des matériaux joints à l'édifice infecté du vice de possession violente. — 66. Alluvion. — 67. Statue brisée. — 68. Edifice démoli. — 69. Edifice construit sur un terrain nu. L. 11, §§ 6 à 10, D. h. t. — 70. Le vice de furtivité s'étend dans tous les cas au résultat de la spécification de l'objet volé. L. 4. § 20. D. *De usurp*, 41, 1. — 71. Résumé. — 72. Les *res mancipi* de la femme en tutelle légitime sont insusceptibles d'usucapion. Il s'agit ici d'une imprescriptibilité réelle, absolue, et non pas restreinte au cas d'aliénation par la femme elle-même. Réfutation du système de Huschke.

58. — Nous avons ici à commenter deux textes.

L. 9, § 5, D., *h. t.* (Ulp. lib. 16, *ad. Ed.*) : « *Hæc actio in his quæ usucapi non possunt, puta furtivis, vel in servo fugitivo locum non habet.* »

L. 12, § 4, D., *h. t.* (Paulus, lib. 19, *ad. Ed.*) : « *Si res talis sit ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem Prætor tuetur, ne contra leges faciat.* »

Le vice de furtivité dont la chose est entachée, la rend insusceptible d'usucapion, quelle que soit la durée de la possession, ou la bonne foi de l'acquéreur (G., II, § 45). Par conséquent le juge, même en admettant, suivant la fiction de la formule, que la possession du demandeur a duré pendant le délai requis, ne peut pas en conclure que ce demandeur est devenu propriétaire.

Il faut, bien entendu, que le vol allégué soit antérieur à l'acquisition *ex justa causa* invoquée par le demandeur. Un vol postérieur ne saurait le dépouiller d'un droit acquis, celui d'intenter notre action : sans quoi le possesseur publicien perdrait l'action publicienne, même dans le cas où le vol aurait été commis à son propre préjudice, ce qui serait absurde.

59. — A quel résultat pratique pouvait mener la règle qui refuse la Publicienne pour les choses volées ? On ne l'aperçoit pas tout d'abord, car enfin, lorsqu'un acquéreur de bonne foi intente notre action, peut-on concevoir un défendeur arguant que la chose a été volée et le prouvant, pour faire déclarer l'action non recevable ? Il avouerait ainsi publiquement qu'il détient de mauvaise foi une chose volée, avertirait le propriétaire, se ferait véhémentement soupçonner d'être un complice par recel et s'exposerait à l'action *furti concepti*, au triple, alors même qu'il n'aurait pas

volé l'objet (Gaius, III, § 186), ou à l'action *furti prohibiti*, s'il s'opposait à la perquisition, ou enfin à l'action *furti oblati*, s'il faisait passer la chose aux mains d'un tiers pour éviter les actions précédentes (G., III, §§ 187, 188, 191, 192).

Cette hypothèse n'est donc pas pratique ; il faut en imaginer une autre.

Un propriétaire bonitaire, un simple acquéreur de bonne foi, ou enfin, ce qui revient au même, une personne qui est propriétaire quiritaire, mais qui serait bien embarrassée de fournir la *diabolica probatio*, est victime d'un vol. Cependant elle réussit à reprendre l'objet volé ; mais voici qu'un individu l'ayant acheté de bonne foi du voleur intente la Publicienne contre le volé rentré en possession. Ce dernier pourrait sans doute se défendre, soit par l'exception *justi dominii*, s'il est propriétaire quiritaire, soit par l'exception d'une Publicienne égale, s'il est seulement propriétaire bonitaire, ou plus généralement simple possesseur publicien. Mais dans tous ces cas il aurait à prouver sa propriété, ou au moins son acquisition *ex justa causa ;* une preuve beaucoup plus facile, celle de la soustraction frauduleuse, lui permet de repousser immédiatement l'action, sans avoir besoin de faire insérer aucune exception dans la formule.

Mais l'application sans doute la plus fréquente de notre règle se produit dans le cas où la Publicienne est invoquée par voie d'exception.

Un possesseur publicien, ou un propriétaire quiritaire qui veut éviter les difficultés de la preuve de la propriété, ayant été volé, reconnaît sa chose aux mains d'un tiers, et intente la Publicienne contre lui. Ce dernier, acquéreur de bonne foi, lui oppose l'exception tirée de ce qu'il a, lui aussi, droit à la Publicienne, et que, comme ils ne tiennent pas la chose du même au-

teur, la possession actuelle doit l'emporter. Cette exception d'une Publicienne égale devient non recevable si le demandeur prouve que la chose était furtive lorsqu'elle a été acquise par le défendeur.

Il faudra sans doute appliquer les mêmes principes aux *fundi vi possessi* et aux cadeaux faits à un proconsul au mépris de la loi *Julia repetundarum*, G. II, § 55, L. 8, pr., § 1, D., *De lege Julia repet.*, 48, 11.

59 *bis*. — Ne pouvant faire l'objet de l'action publicienne, les choses volées sont par conséquent insusceptibles de propriété prétorienne, et le préteur ne fait ici que confirmer le droit civil et corroborer par une nouvelle sanction une règle des plus sages. Combien de gens favorisent le vol et se font inconsciemment recéleurs, en se laissant tenter par le bon marché et en achetant à la légère à des individus suspects ou inconnus ! On ne leur fait pas de questions, ou l'on se contente trop aisément des fables qu'ils débitent. Il faut décourager ces acheteurs dont l'intérêt endort les scrupules. S'il est démontré que la chose a été volée, ils sauront que le droit civil et le préteur s'unissent pour leur refuser toute protection. Cette considération rendra peut-être plus prudents les acquéreurs, et plus difficile le placement des objets volés.

60. — Le vice de furtivité ou de violence entache-t-il non seulement la chose qui a été l'objet du vol ou de la dépossession violente, mais encore les produits de cette chose, les parties qui en seraient détachées, les accessoires qui viendraient s'y joindre, enfin le résultat de la spécification de cette chose, en d'autres termes la chose fabriquée avec une matière volée ?

Question difficile et embrouillée [1].

1. Voyez : Pellat, p. 543 et s. — Huschke, p. 66 et s. — Lenel, p. 19-25. — Gimmerthal, § 16. — Schulin, *Ueber einige*, etc., p. 122 et *Vierteljahrsschrift*, t. 18, p. 527 et s. — Schirmer, *eod.*, p. 359, 360. — Voy. aussi Schirmer, *Usucapion* p. 136, note 84, et *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.* p. 303, 308,

Ce qui a beaucoup contribué à l'obscurcir, c'est que plusieurs des textes qui s'y rattachent traitent en même temps deux autres questions, en tout trois questions connexes dans la pratique, mais théoriquement très distinctes.

Pour que la Publicienne soit recevable il faut : 1° que la chose ne soit pas furtive ; 2° qu'il y ait eu tradition ; 3° que cette tradition ait été faite *ex justa causa*.

Eh bien, plusieurs textes traitent simultanément les trois questions.

1° Le vice de furtivité s'étend-il aux produits, etc... de la chose ?

2° La tradition qu'on a reçue s'étend-elle aux produits, etc... de la chose livrée ?

3° Même question pour la *justa causa*.

Ces trois questions sont connexes, parce que, si l'une des trois conditions indiquées plus haut vient à manquer, la Publicienne n'est pas recevable ; mais elles sont distinctes, notamment en ce que la non furtivité de la chose est une condition objective, les deux autres des conditions subjectives. Nul ne peut avoir la Publicienne pour une chose furtive ; si la chose n'est pas entachée de ce vice, il faut alors que le sujet, c. a. d. le demandeur, ait reçu tradition *ex justa causa*, et alors naît la question de savoir si la tradition et la *justa causa* qui ont existé à son profit, relativement à l'objet principal, doivent être étendues à l'objet accessoire.

Pour débrouiller cette matière, il importe essentiellement de bien distinguer ces trois questions. Nous ne nous occuperons ici que la première, les deux autres

cités par Huschke, note 137. — Gœppert, *Ueber die Organischen Erzeugnisse*, 1869, p. 258 et *passim*. — Voyez aussi : Beer, *Ueber die Ersitzbarkeit von Erzeugnissen gestohlener Sachen*, Leipzig, Rosgberg'schen Buchdruckerei, 1884, et surtout : Prof. Pietro Rossi, *Sui prodotti delle cose rubate*, Siena, Enrico Torrini, 1885, estratto dagli Studi Senesi, Vol. II, fasc. 1-2. — Consultez aussi Desjardins, *Traité du vol*, 1881, p. 235 et s.

trouveront naturellement leur place au Chapitre XIV.

61. — 1° La question qui nous occupe se pose en premier lieu pour l'enfant d'une esclave volée.

Si l'esclave était enceinte lors du vol, le part est furtif; il l'est encore si la conception a eu lieu chez le voleur. L. 48, § 5, D., *De furtis*, 47, 2, Ulpien :

Ancilla si subripiatur prægnans, vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonæ fidei possessorem.

Il ne faudrait pas affirmer, comme le fait Pellat (p. 545), que Paul admit au contraire la prescriptibilité, et par conséquent le caractère non furtif, de l'enfant conçu chez le voleur. On cite, à la vérité, L. 48, § 2, D., *De adq. rer. domin.*, 41, 1 :

Et ovium fœtus in fructu sunt, et ideo ad bonæ fidei emptorem pertinent, etiam si prægnantes venierint, vel subreptæ sint. Et sane, quin lac suum faciat, quamvis plenis uberibus venierint, dubitari non potest. Idemque in lana juris est.

L. 4, § 19 D., *De usurp.*, 41, 3 :

Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest; si vero apud bonæ fidei emptorem, contra[2]*, quoniam in fructu est, nec usucapi debet sed statim emptoris fit.*

Mais ces textes ne traitent que de l'acquisition des fruits, et l'enfant de l'esclave n'est pas un fruit. Or, le vice de furtivité n'empêche que l'usucapion et non l'acquisition des fruits.

D'ailleurs Paul, dans ce système, admettrait la prescriptibilité même au cas où l'esclave était enceinte lors du vol; il faudrait aller jusque-là, car parlant des bre-

2. Il y a ici une ellipse : la laine coupée chez le voleur ne peut devenir la propriété de l'acheteur de bonne foi, car elle est furtive et ne peut, par suite, être usucapée. La laine coupée chez le possesseur de bonne foi devient *au contraire* sa propriété, il n'a même pas besoin de l'usucaper, il en devient immédiatement propriétaire, car c'est un fruit.

bis, il nous dit : « *si prægnantes subreptæ sint* » ; on ne trouverait pas un autre jurisconsulte pour appuyer cette thèse. Si l'enfant était conçu lors du vol, il a nécessairement été entaché du vice de furtivité. Paul lui-même admet que le vêtement fait avec de la laine volée est furtif (L. 4, § 20, D., *De usurp.*, 41, 3). *A fortiori* doit-il admettre la furtivité de l'enfant conçu lors du vol. . . . .

62. — La question était plus délicate pour l'enfant conçu après le vol, mais chez le voleur. Ici Scævola disait que si cet enfant conçu chez le voleur naissait chez l'héritier du voleur (en supposant cet héritier de bonne foi, bien entendu) il pourrait être usucapé par celui qui de bonne foi l'achèterait à cet héritier (L. 10, § 2, D., *De usurp.*, 41, 3). Le part (conçu après le vol) n'était pas, disait-il, une partie de la chose volée ; autrement il ne pourrait être usucapé, même s'il naissait chez un possesseur de bonne foi.

Marcellus au contraire n'admettait pas l'usucapion de l'enfant conçu chez le voleur. Ulpien qui nous rapporte les deux opinions, partageait manifestement celle de Marcellus, comme le prouve la L. 48, § 5, *De furtis* précitée ; il exigeait, pour que l'usucapion fût possible, que la conception eût lieu chez un possesseur de bonne foi. Cette doctrine est donc celle qui a prévalu.

63. — Remarquons en passant que la L. 11, § 2, *h. t.* est la suite de la L. 10, § 2 D. *De Usurp.*, 41, 3.

Les compilateurs ont omis seulement une phrase ou deux qui reliaient ces deux textes ; nous n'essaierons pas de combler la lacune, mais le lien des idées est certain [3] :

L. 10, § 2, D. *De Usurp.* : *Scævola libro II Quæstionum scribit, Marcellum existimasse, si bos apud furem con-*

3. Voy. aussi *supra*, Chapitre V, n° 54.

cepit, vel apud furis heredem, pariatque apud furis heredem, usucapi ab herede distractum juvencum non posse, sic inquit, quemadmodum nec ancillæ partus. Scævola autem scribit se putare usucapere posse et partum, nec enim esse partum partem rei furtivæ; ceterum si esset pars, nec si apud bonæ fidei emptorem peperisset, usucapi poterat . . . .

. . . .

L. 11 § 2, D. *h. t* : *Partus ancillæ furtivæ, qui apud bonæ fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiam si ab eo qui emit possessus non est. Sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est.*

Cette dernière solution se réfère au cas, prévu par Marcellus dans la L. 10, § 2, D., *De usurp.*, (*verbis* : « *vel apud furis heredem* ») de la conception chez l'héritier du voleur ; cet héritier étant de bonne foi, le part n'est pas furtif, mais l'héritier n'a pourtant pas la Publicienne, parce qu'il succède aux vices qui empêchaient le défunt d'usucaper. Cette dernière phrase prouve, comme nous l'avons dit, que la L. 11, § 2, *h. t.* est la suite de la L. 10, § 2, D. *De usurp.* Ulpien donne donc raison à Marcellus en ce que l'enfant conçu chez le voleur est imprescriptible ; nous ne croyons pas qu'il l'approuvât aussi en déclarant imprescriptible l'enfant conçu chez l'héritier du voleur (voyez note 4 *infra*) ; en tous cas il refusait la Publicienne à cet héritier, comme successeur des vices du défunt, c. à. d. comme ne pouvant avoir plus de droits que lui, manquant de titre comme lui.

64. — En résumé la solution définitive du droit romain paraît avoir été celle-ci :

La possession du voleur[4] entache de furtivité non seu-

4. D'après Marcellus, la possession de l'héritier du voleur, infectée du même vice, avait le même effet sur l'enfant conçu pendant cette possession, celui de

lement l'objet du vol, mais encore son produit ; il suffit pour cela que ce produit ait eu un commencement d'existence pendant la durée de la possession vicieuse. Pour que l'usucapion soit possible, il faut donc que la conception ait eu lieu chez un maître dont la possession n'était pas vicieuse, en un mot chez un possesseur de bonne foi. Si l'enfant est furtif, c'est pour la raison que nous venons de donner, et non comme partie de l'objet volé, car si c'était en cette qualité, l'enfant d'une mère furtive serait furtif, même s'il avait été conçu chez un possesseur de bonne foi ; c'est précisément l'argument qu'invoquait Scævola pour démontrer que l'enfant n'était pas une portion de la mère.

Le part serait encore furtif, croyons-nous, s'il avait été conçu chez un individu qui, connaissant le vol, aurait acquis l'esclave, car cette acquisition constituerait un recel rendant l'acquéreur complice du vol.

Mais le part ne sera pas furtif, si la conception a eu lieu chez un acquéreur de mauvaise foi qui sait que la chose est à autrui, mais ignore le vol. Cet acquéreur sans doute ne pourra invoquer ni l'usucapion ni la Publicienne, mais l'obstacle ne viendra pas ici du vice de l'objet.

rendre cet enfant imprescriptible. Probablement Ulpien n'approuvait pas Marcellus sur ce point. En effet, dans la L. 11, § 2, D. *h. t.* Ulpien dit : *Sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est.* Il prévoit ici le cas de conception chez l'héritier du voleur, et non celui de conception chez le voleur, car dans ce dernier cas le part serait furtif, il le déclare expressément dans la L. 48, § 5, D. *De furtis*, 47, 2 : par conséquent la Publicienne serait irrecevable pour tout le monde et non pas seulement pour l'héritier du voleur. Si Ulpien avait prévu ce cas de conception chez le voleur à la fin de la L. 11, § 2, D. *h. t.* il n'aurait pas dit : *Sed heres furis non habet hanc actionem*, énonçant ainsi un inconvénient spécial à l'héritier du voleur. — D'un autre côté, Ulpien ne considère pas comme furtif l'enfant conçu chez l'héritier du voleur, car s'il l'avait considéré comme furtif, il aurait en ce cas déclaré d'une manière générale que la Publicienne ne compète point, et non pas dit d'une manière spéciale que l'héritier du voleur n'avait point cette action. Il n'aurait pas non plus motivé cette solution par les mots : *quia vitiorum defuncti successor est*, motif tiré de la personne ; il se serait appuyé sur la furtivité, motif tiré de la chose.

65. — 2° Supposons en second lieu qu'ayant acheté une maison insusceptible d'usucapion (parce qu'elle était *res vi possessa*), je l'aie augmentée par de nouveaux matériaux ; prendront-ils le vice de l'édifice, en sorte qu'après sa destruction je ne puisse réclamer ces matériaux par la Publicienne ? Julien, cité par Ulpien, n'admet pas que le vice de la chose principale s'étende aux accessoires qui sont venus s'y joindre [5].

66. — 3° Dans le cas d'alluvion, au contraire, si cette alluvion venait s'adjoindre à un terrain entaché d'un vice qui n'en permettait pas l'usucapion, elle serait affectée du même vice et ne pourrait, même isolément, être réclamée par notre action [6].

67. — 4° De même si l'on a acheté une statue, et qu'un morceau de cette statue vienne à en être détaché, on pourra le réclamer par la Publicienne, si l'on avait droit à cette action pour la statue entière ; on ne le pourra donc pas si la statue était furtive [7].

68. — 5° Si l'on a acheté un édifice, plus tard détruit,

5. Pellat, p. 558, interprète en ce sens la L. 11, § 6 D., h. t. : *Idem ait, ædibus emptis, si fuerint dirutæ, ea quæ ædificio accesserunt, hujus modi actione petenda.* Les matériaux séparés de l'édifice pourraient donc être réclamés par la Publicienne bien que l'édifice ne le pût pas à cause du vice de violence.

6. L. 11, § 7, eod. *Quod tamen per alluvionem fundo accessit, simile fit ei cui accedit ; et ideo, si ipse fundus Publiciana peti non potest, non* (nec) *hoc petetur ; si autem potest* [Publiciana pertinet] *et ad partem quæ per alluvionem accessit. Et ita Pomponius scribit.* Cette distinction est raisonnable, l'alluvion fait corps avec le fonds ; je ne pourrais, même après les délais de l'usucapion, refuser de le restituer avec le reste de l'immeuble au propriétaire qui a été dépouillé par violence de cet immeuble. L'union des matériaux avec l'édifice auquel on les joint est beaucoup moins intime ; il ne serait pas juste d'ailleurs que je perdisse, par le fait de leur incorporation à un édifice entaché d'un vice qui exclut la Publicienne, le droit de les réclamer par cette action, une fois qu'ils en seront séparés. — Remarquons enfin que ces deux §§ de la L. 11, ont encore une autre portée : ils constituent des exemples de l'extension aux accessoires du juste titre et de la tradition dont la chose principale a été l'objet ; leurs solutions découlent à ce point de vue du principe posé par Julien dans le § 4 : *Idem Julianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorem.*

7. L. 11, § 8 : *Idem adjicit, et si statuæ emptæ partes recisæ petantur, similem actionem proficere.* Même observation qu'à la note précédente.

le terrain nu ne pourra être réclamé par la Publicienne, si l'édifice acheté était infecté d'un vice qui rendît l'usucapion impossible [8].

69. — 6° L'on a acheté un terrain nu, l'on y a construit une maison ; comme on ne saurait réclamer par la Publicienne la maison indépendamment du terrain, pas plus qu'on ne le pourrait par la revendication, il suit de là que la Publicienne ne sera pas recevable si le terrain avait été usurpé par violence [9].

Mais les matériaux pourraient être réclamés par la Publicienne, après la démolition de la maison.

70. — 7° Enfin le vice de furtivité s'étendra-t-il au résultat de la spécification ?

Oui, même si la matière ne peut revenir à son état naturel, en sorte que le spécificateur acquerrait la propriété. Le vice suit donc la chose sous sa nouvelle forme [10].

71. — En résumé Ulpien, dans la L. 11, §§ 2 - 10, pose la question de savoir si le vice s'étend aux produits, accessoires ou transformations de la chose.

Le vice ne s'étend pas au *part* (non conçu antérieurement au vol ou chez le voleur, bien entendu) ; il ne s'étend pas non plus aux matériaux ajoutés à l'édifice,

8. Arg. *a contrario* de L. 11, § 10 D. *h. t.*: *Idem inquit, si insulam emi et ad aream ea pervenit, æque potero uti Publiciana*. Ce texte a principalement pour but, à la vérité, de montrer que le titre qui a eu pour objet l'*insula* s'applique ensuite à l'*area*, mais on peut aussi en tirer argument pour la solution donnée au texte et qui d'ailleurs n'est pas contestable.

9. L. 11, § 9 : *Idem scribit: si aream emero, et insulam in ea ædificavero, recte me Publiciana usurum*. Ce texte, comme les précédents depuis le § 2 de la L. 11, nous montre encore l'extension de la tradition et du juste titre, aux accessoires dont l'objet s'est augmenté, au point d'être ici en quelque sorte transformé. Je ne puis dire ici que j'ai acheté *une maison*, que j'en ai reçu tradition, cependant j'ai la Publicienne.

10. Voy., Inst. II, I, § 25, Paul, L. 4, § 20, D., *De usurp.*, 41, 3 : *Si ex lana furtiva veistimentum feceris, verius est ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva erit*. Le même jurisconsulte admet cependant que le vêtement appartient au spécificateur et que la matière a disparu ; il n'y a plus « *lana* » mais « *laneum corpus* », L. 24, L. 25 pr. D. *De adq. rer. dom.*. 41, 1.

après qu'ils en ont été séparés, L. 11, §§ 2-6 inclusivement.

Le vice s'étend, au contraire, à l'alluvion (§ 7); aux morceaux de la statue volée (§ 8) ; à la construction élevée sur le terrain entaché du vice de violence (§ 9) ; au sol nu après la destruction de l'édifice entaché du même vice (§ 10) ; enfin au produit de la spécification.

Ulpien s'occupe aussi dans ces fragments de l'extension de la tradition *ex justa causa* aux accessoires de l'objet: nous traiterons cette question au Chapitre XIV et nous indiquerons alors les modifications que la formule devait subir pour réaliser cette extension.

72. — Parmi les choses qui ne pouvaient être usucapées, il faut citer les *res mancipi* de la femme en tutelle de ses agnats [11]. Huschke (*op. cit.*, p. 80, 81) pense que la prohibition n'était pas absolue ; elle ne s'appliquait, selon lui, qu'au cas où la femme avait elle-même aliéné sans l'*auctoritas* de ses agnats. Cette aliénation eût constitué une sorte de vol au préjudice de la famille, et par suite rendu la chose insusceptible d'usucapion. Mais il n'en serait pas de même si l'objet était venu aux mains du possesseur autrement que par l'effet d'une aliénation consentie par la femme (ex. : aliénation faite de bonne foi par l'héritier d'un dépositaire). Si les *res mancipi* de la femme en tutelle légitime avaient été, dit Huschke, frappées d'imprescriptibilité par suite de leur qualité même, une imprescriptibilité semblable aurait dû frapper les mêmes biens appartenant à un pupille sous la tutelle de ses agnats. Or, il n'en était pas ainsi : L. 2, D., *De eo qui pro tut.*, 27, 5. — L. 2, § 15, D., *Pro empt.*, 41, 4, etc.

11. G. II, § 47. Ed. Studemund (*Item olim*) mulieris quæ in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, præterquam si ab ipsa tutore (auctore) traditæ essent : id*que* ita lege XII Tabularum *cautum erat* (ou, suivant Mommsen : *manifestatur*).

Nous ne pouvons souscrire à ces idées, et c'est bien, à notre gré, d'une imprescriptibilité *réelle*, absolue, qu'il s'agit ; un texte de Cicéron est décisif à cet égard [12].

Si la même prohibition ne se rencontrait pas dans la tutelle des impubères, c'est qu'à la différence des femmes qui administrent leur patrimoine (G., I, § 190), les pupilles n'ont rien entre les mains, par conséquent le tuteur n'a pas à redouter de leur part d'aliénation au préjudice de ses droits. La femme peut d'ailleurs, par sa négligence, laisser accomplir une usucapion, son tuteur n'intervient que quand elle le requiert ; pour les pupilles, au contraire, le tuteur, qui administre, ne peut s'en prendre qu'à lui-même si des usucapions préjudiciables à ses intérêts viennent à s'accomplir. Enfin, l'agnat héritera sûrement de la femme, qui originairement ne pouvait tester ; il n'héritera du pupille que si celui-ci meurt impubère ; il a donc un intérêt bien moins grand à la conservation du patrimoine du pupille.

12. Cic., *ad Atticum*, I, 56 : « *De Tadiana re mecum Tadius locutus est, te ita scripsisse, nihil esse jam quod laboraretur, quoniam hereditas usucapta esset. Id mirabar te ignorare,* DE TUTELA LEGITIMA, *in qua dicitur esse puella,* NIHIL USUCAPI POSSE. » — Voyez aussi Cic., *pro Flacco*, 34. Les adversaires de l'orateur, parlant de Valeria, disaient qu'elle était *in manu mariti* : « *In manum convenerat.* » — « *Nunc audio*, répond l'orateur, *sed quæro, usu an coemptione? Usu non potuit; nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui.* »

Dans le cas du premier texte, il ne peut être question d'une tradition faite par la femme, puisqu'il s'agissait d'une hérédité à elle échue et qu'un tiers voulait usucaper. Pour infirmer l'autorité de Cicéron, on allègue en vain qu'il a tort de dire « *nihil usucapi posse,* » puisque la prohibition ne portait que sur les *res mancipi*. Mais si l'expression est trop large, cela ne tirait pas à conséquence dans les deux espèces prévues, la chose étant dans les deux cas *res mancipi* (l'hérédité, puisque le testateur en dispose par une mancipation ; la femme elle-même, puisqu'on la mancipe pour la mettre *in manu mariti*). La prohibition tomba avec la tutelle agnatique des femmes. Voyez *Frag. Vat.*, § 1. — Sur la *Rutiliana constitutio* dont il est question dans ce dernier texte, voy. Voigt, *Jus naturale*, t. IV, p. 549 et s.

SECTION II. — *Choses dont la loi prohibe l'aliénation. — Immeubles des mineurs. — Fonds dotal.*

73. L. 12, § 4, D. *h. t. Oratio Severi.* — 74. Le refus de la Publicienne ne résulte pas ici de l'imprescriptibilité des immeubles aliénés au mépris de cette disposition, car ils sont prescriptibles. — 75. Le préteur refuse ici la Publicienne, parce que, s'il l'accordait, la prohibition d'aliénation deviendrait souvent illusoire. — 76. Fonds dotal. Selon Huschke, l'usucapion n'est interdite qu'à celui que tient l'immeuble du mari. Réfutation — 77. Suite. L. 66, D. *De fundo dotali*, 23, 5. — 78. L'acquéreur du fonds dotal ne peut invoquer la Publicienne ni par voie d'action ni par voie d'exception, ce qui est plus important encore. — 78 *bis*. Résumé : les choses aliénées au mépris d'une prohibition légale sont insusceptibles de propriété prétorienne.

73. — Le préteur s'associe encore au droit civil et en corrobore les prohibitions dans le cas prévu par le second texte : *Si res talis sit ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat* [12 bis].

La loi qui s'offre naturellement à l'esprit, c'est la *lex Julia de fundo dotali* qui interdit au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme.

Parmi les constitutions, on peut citer celle de Septime Sévère et Caracalla défendant d'aliéner à ceux qui ont commis les crimes dont la poursuite peut avoir lieu même après le décès du coupable et aboutir à la confiscation (lèse-majesté, concussion), L. 20, D., *De accusat.*, 48, 2.

Immeubles des mineurs. — Mais le cas le plus important est celui de l'*Oratio Severi* (D., *De rebus eorum*, 27, 9), qui défend aux tuteurs et curateurs d'aliéner les *prædia rustica vel suburbana* des personnes dont ils gèrent les biens ; occupons-nous en tout d'abord.

12 *bis*. L. 12, § 4, D. *h. t.*, voyez n° 58.

Le texte précité nous montre que la Publicienne ne compète point à raison des choses dont l'aliénation est prohibée. Ainsi, même un possesseur sans titre pourrait repousser l'action en prouvant que le demandeur a acheté un immeuble pupillaire sans décret. Contre le pupille lui-même, l'acquéreur ne saurait utilement intenter la Publicienne, car le pupille pourrait opposer l'exception *justi dominii*, puisque l'aliénation est nulle, ou, en tous cas, une exception tirée de l'*Oratio Severi*.

74. — Huschke (p. 81 à 84) explique ce refus de l'action (ou son inefficacité) de la manière suivante :

D'après lui, la prohibition d'aliénation frappe de nullité la *justa causa*, la vente, par exemple, de telle sorte que celui qui acquiert du tuteur ne peut usucaper, ni par conséquent exercer la Publicienne.

Si, au contraire, l'acquéreur a acheté par exemple des héritiers du tuteur, les croyant personnellement propriétaires de l'immeuble, ou s'il s'agit d'un sous-acquéreur de bonne foi, en un mot, toutes les fois que l'acquéreur ne tient pas la chose de celui à qui s'adressait la prohibition, l'usucapion est possible, la Publicienne recevable, parce qu'ici la *justa causa* n'est pas frappée de nullité.

Il est bien certain que dans ce second cas la prescription *longi temporis* peut être invoquée [13]. Mais nous ne pouvons souscrire à la doctrine de Huschke dans le premier cas, celui où l'aliénation émane du tuteur lui-même. Même alors l'acquéreur, s'il est de bonne

13. L. 1, L. 3, L. 4, C., *Si quis ignorans*, 5, 73. — Si ces textes ne parlent pas d'usucapion, mais de *pr. l. t.*, ce n'est pas qu'ils aient été interpolés, mais l'usucapion n'avait pas d'intérêt pratique, puisque longtemps après son accomplissement, l'incapable aurait pu la faire rescinder par la restitution en entier, le délai pendant lequel il peut se faire restituer étant beaucoup plus long que le délai de l'usucapion. Au contraire, le délai de la *pr. l. t.* étant plus long que celui de la restitution, l'incapable contre qui on a prescrit aurait déjà perdu le droit à la restitution ; la question de savoir si cette prescription a pu s'accomplir présente donc un intérêt pratique.

foi, s'il a cru que l'immeuble appartenait au tuteur, pourra prescrire, comme le prouve la L. 2, C., *Si major factus*, 5, 74 (Constitution de Gordien, 239) :

Si sine decreto Præsidis prædia tua a tutore tuo alienata sunt, nec speciali confirmatione, vel (si bona fide possessor fuisset) statuti temporis excursu, id quod perperam est actum fuerit stabilitatum, *Præses provinciæ possessionem in jus tuum retrahet.*

Les mots en caractères ordinaires montrent avec évidence que c'est la vente consentie par le tuteur qui se trouve confirmée, par conséquent que la prescription a lieu au profit de l'acquéreur immédiat; donc la *justa causa* n'est pas annulée, même dans le cas où la vente invoquée comme base de la prescription émane du tuteur lui-même.

A quoi bon d'ailleurs frapper d'imprescriptibilité l'immeuble du pupille ou du mineur? Contre l'usucapion, il a pendant une année utile (ou quatre années continues sous Justinien) à partir de sa majorité, la restitution en entier, et la *præscriptio longi temporis* ne court pas pendant la minorité (L. 3,C., *Quibus non objicitur*, 7, 35). S'il laisse passer ces délais sans réclamer, il confirme tacitement l'aliénation.

75. — Ainsi donc, le refus de la Publicienne ne résulte point de l'imprescriptibilité des immeubles en question, car ils sont prescriptibles [14]. Mais le préteur, et la L. 12, § 4, le dit expressément, ne veut point accorder de protection aux possesseurs de fonds ainsi aliénés, de peur d'aller à l'encontre du but de la loi : *ne contra leges faciat.*

14. La prescriptibilité résulte encore de la manière dont s'exprime la L. 3, § 5, D., *De rebus eorum*, 27, 9. « *An ergo hic (ususfructus) nec non utendo amittatur, si tutor causam præbuerit hujus rei? Et manifestum est* restaurari *debere*. Le mot *restaurari* indique bien que l'usufruit s'est éteint, mais qu'il doit être rétabli. Toute autre est la rédaction des L. 5 et 6, D., *De fundo dotali*, 23, 5; les servitudes dues au fonds dotal ne s'éteignent pas par le non usage. Voy. *infra*, note 21.

On sait que la prohibition d'aliénation porte même sur les immeubles dont le mineur n'était que possesseur de bonne foi [15]. Si un de ces immeubles a été aliéné, s'il est passé entre les mains de sous-acquéreurs, il est très essentiel de leur refuser la Publicienne qu'ils invoqueraient par voie d'exception pour repousser la Publicienne que le mineur intenterait contre eux. Autrement, le mineur qui, par hypothèse simple possesseur de bonne foi, a seulement la Publicienne, se verrait repoussé par l'exception tirée d'un droit égal, et comme les deux adversaires ne tiennent pas la chose du même aliénateur, le possesseur l'emporterait en vertu du principe posé par la L. 9, § 4, D., *h. t.* Le sous-acquéreur serait ainsi certain de pouvoir tranquillement achever le temps de possession requis pour la *præscriptio longi temporis.*

76. — *Fonds dotal.* — En ce qui touche le fonds dotal, Huschke, fidèle à sa théorie, enseigne [16] que l'usucapion est interdite seulement à celui qui tient l'immeuble du mari, parce que sa *justa causa* est annulée par la loi. Un sous-acquéreur pourrait usucaper.

A l'encontre de cette doctrine, il faut remarquer tout d'abord que si elle était vraie, la loi manquerait souvent son but. L'acquéreur immédiat se hâterait d'aliéner au profit d'un acheteur de bonne foi; on interposerait un homme de paille, etc. La femme n'a point la ressource

15. L. 5, § 2, D., *De rebus eorum*, 27, 9. Il y a une lacune dans ce texte, il faut probablement le compléter suivant la leçon de Mommsen (Dig.) : « *Si pupillus alienum fundum bona fide emptum possideat, dicendum puto nec hunc alienare tutores posse ; ea enim quæ quasi [nostra bona fide possidemus, quodammodo nostra sunt. Si fundum tutor vendidit qui ejus esset, quasi] pupillaris vero distractus est, venditio valet.* » Comp. L. 10, § 1, D. *De curat. furioso*, 27, 10.

16. P. 82, note 166. Il cite à l'appui, Savigny, *Syst.*, IV, p. 565 et suiv., Fitting, Arch., f. civ. Pr., 47, p. 140 et s. 51, p. 253 et s. — Savigny (trad. Guenoux, IV, p. 562, note bb), se borne à constater implicitement que la vente du fonds dotal par le mari n'est pas un juste titre d'usucapion, mais le devient, si ultérieurement la dot est acquise au mari, L. 42, D., *De usurp.* 41, 3.

de la restitution en entier, la prescription court contre elle avant Justinien, l'aliénation pourrait lui être dissimulée. A peine de manquer son but, l'inaliénabilité doit produire ici l'imprescriptibilité.

Pour écarter l'appui que cette dernière doctrine trouve dans la L. 28, pr., D., *De verb. significatione,* 50, 16 [17], Huschke [18] fait remarquer que Paul dans le vingt-et-unième livre de son commentaire sur l'Edit, s'occupait essentiellement des servitudes [19], dès lors, la première phrase de la L. 28, D., *De verb. signif.*, 50, 16, reproduite plus haut note 17, s'appliquerait à l'*usucapio libertatis* accomplie contre des servitudes consistant *in habendo*, et à l'*usureceptio* des servitudes de puisage ou d'aqueduc [20] ; la seconde phrase prévoit l'extinction par non-usage des servitudes qui consistent *in faciendo* : « *Eum quoque alienare dicitur qui non utendo servitutes amisit* » ; on voit la suite des idées ; les deux solutions sont présentées dans l'ordre inverse par les L. 5 et 6, D., *De fundo dotali*, 23, 5 [21]. Huschke explique l'imprescriptibilité des servitudes appartenant au fonds dotal, en disant qu'ici le non-usage par le mari constitue une aliénation de la servitude au profit du propriétaire du fonds servant. Celui-ci tiendrait donc du mari la liberté de son fonds ; or, ceux qui tiennent la chose dotale comme l'ayant acquise du mari, et

17. *Alienationis verbum etiam usucapionem continet*; *vix enim est ut non videatur alienare qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur qui non utendo servitutes amisit.*

18. P. 83, note 168.

19. L. 6, D., *Si ususf. pet.*, 7, 6. — L. 3, D., *De serv.*, 8, 1. — L. 1, D., *De serv. præd. urb.*, 8, 2. — L. 7, D., *De serv. pr. rust.*, 8, 3. — L. 5, 7, 9, D., *Si serv.*, 8, 5. — L. 2, D., *Quemad. serv. am.*, 8, 6. — L. 25, D., *De verb. sign.*, 50, 16.

20. Paul, *Sent.*, I, 17, § 2. « *Servitus aquæ hauriendæ vel ducendæ biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur.*

21. L. 5 : *Julianus lib. XVI Digestorum scripsit, neque servitutes fundo debitas posse maritum amittere, neque ei alias imponere.* — L. 6 : *Sed nec libertas servitutis urbano prædio dotali debitæ competit, ne per hoc deterior conditio prædii fiat.*

ceux-là seulement, ne peuvent usucaper. C'est ainsi qu'il fait cadrer ce texte avec sa théorie exposée ci-dessus texte et note 16.

Mais, en admettant même que Paul ait été amené en parlant des servitudes à traiter des prohibitions d'aliéner et de l'imprescriptibilité qui en résulte, il est certain qu'il ne restreignait pas ce principe au non-usage des servitudes, et qu'il en parlait aussi dans le cas d'aliénation de la propriété. C'est ce que prouve la L. 12, D., *De usurpationibus* 41, 3, extraite du même livre XXI, *ad Edictum*. « *Si ab eo emas quem prætor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes.* » Les mots : « *Idque tu scias,* » montrent encore que la prohibition d'aliéner n'entraîne pas dans tous les cas l'imprescriptibilité, et que, par suite, il n'y a point de contradiction à admettre, comme nous l'avons fait, que les immeubles aliénés au mépris de l'*Oratio Severi* sont prescriptibles et que le fonds dotal, au contraire, est imprescriptible.

77. — Enfin Huschke prétend expliquer aussi par sa théorie la L. 16, D., *De fundo dotali*, 23, 5 [22] (voy. aussi les auteurs cités plus haut, note 16). Lorsque l'usucapion a commencé avant que le fonds ne fût constitué en dot, l'acquéreur évidemment ne tenait pas l'immeuble du mari; par conséquent la prohibition ne s'applique pas.

Est-il nécessaire de faire remarquer combien cette interprétation est forcée? Si tel eût été le motif qui a fait admettre l'usucapion, le jurisconsulte l'aurait indiqué. Il nous donne de cette solution une raison bien

22. *Si fundum quem Titius possidebat bona fide et longi temporis possessione poterat sibi quærere, mulier ut suum marito dedit in dotem, eumque petere neglexerit vir, cum id facere posset, rem periculi sui fecit : nam licet lex Julia, quæ vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad hujusmodi adquisitionem, non tamen interpellat eam possessionem quæ per longum tempus fit, si, antequam constitueretur dotalis fundus, jam cœperat.*

différente. Le fonds pourra être usucapé, parce que l'usucapion a commencé avant la constitution de dot : « *Jam cœperat antequam constitueretur dotalis fundus* ». La constitution de dot n'interrompt pas (*non interpellat*) une usucapion commencée, voilà le motif [23].

Si maintenant on veut rechercher la *ratio rationis*, il faut reconnaître que si l'usucapion procède ici, c'est que, au point de vue de son début, elle n'est pas imputable au mari ; on ne peut pas dire de lui ce qu'Ulpien dit du tuteur, L. 3, § 5, D., *De rebus eorum*, 27, 9 : « *Causam prœbuit hujus rei* ». L'usucapion accomplie, tout se passera comme si la propriété avait été acquise à l'*usucapiens* au jour de son acquisition ; l'aliénation aura donc été antérieure à la constitution de dot, la loi *Julia* n'aura pas été violée.

En résumé, la question d'imprescriptibilité du fonds dotal doit se résoudre suivant qu'on peut ou non dire du mari : « *Causam prœbuit hujus rei* ». On peut le dire toutes les fois que l'usucapion et le non-usage des servitudes ont commencé depuis que le fonds est devenu dotal ; et il importe fort peu que l'*usucapiens* ait acquis directement du mari ou indirectement, c'est-à-dire qu'il soit un acquéreur ou un sous-acquéreur. Il importerait même fort peu que le fonds eût été vendu à un acquéreur de bonne foi par un tiers qui l'occupait sans droit ; dans tous ces cas la collusion du mari est à craindre : il n'aliénerait pas, mais se ferait payer son silence, son inaction ; la loi serait trop facilement tournée. Nous supposons toujours, bien entendu, que l'usucapion a commencé depuis la constitution de dot. La raison et l'utilité pratique dictent donc cette solution ; les textes, on l'a vu, sont loin de la contredire.

78. — Pour revenir à la Publicienne, concluons

23. C'est la doctrine dominante. Voy. Demangeat. *Fonds dotal*, p. 362 et s.

que jamais cette action ne pourra être intentée avec succès par celui qui aurait acquis un immeuble dotal, postérieurement à la constitution de dot, car l'immeuble est imprescriptible. Ce qui, pratiquement, est plus important encore, c'est qu'il ne pourra pas invoquer l'exception tirée d'une Publicienne égale, et, *sans recourir à la revendication*, le mari ou la femme pourront, par la Publicienne, triompher d'un possesseur quelconque[24].

La même solution doit être donnée d'ailleurs, même si on admet le système de Huschke d'après lequel l'immeuble est prescriptible si l'aliénation n'émane pas du mari. Le préteur refusera alors la Publicienne *ne contra leges faciat*. Si le préteur permettait à un acquéreur ou sous-acquéreur du fonds dotal d'invoquer la Publicienne par voie d'action, le mari (ou la femme) n'auraient d'autres ressources que l'exception *justi dominii* ou la revendication. Dans les deux cas, la difficulté de prouver la propriété rendrait souvent illusoire la prohibition d'aliéner. Le préteur, par une protection mal placée, entraverait l'effet de la loi.

78 *bis*. — En résumé, les biens aliénés au mépris d'une prohibition légale sont insusceptibles de propriété prétorienne, comme les meubles volés et les immeubles usurpés par violence. La propriété prétorienne est faite pour accorder des garanties à des situations dignes d'intérêt, mais non pour favoriser la violation des lois. Nous avons déjà fait remarquer que c'est très probablement à propos de la Publicienne que Paul a dit : *Bona fides tantumdem possidenti præstat quantum veritas, quotiens lex impedimento non est*. L. 136, D. *De reg. juris*, 50, 17.

24. Sur la Publicienne intentée pour réclamer le fonds dotal aliéné, voyez Demangeat, *Fonds dotal*, p. 322 et s., p. 388 *in fine*, 389.

Les cas que nous venons d'étudier sont précisément du nombre de ceux dans lesquels la loi met obstacle à la protection de la bonne foi.

Nous connaissons maintenant l'origine de la Publicienne, les dispositions de l'Edit qui la concernent, sa formule variable suivant la nature des droits dont elle sanctionne l'exercice, les choses pour lesquelles elle ne peut compéter par divers motifs; il est temps d'étudier les conditions que le demandeur doit réaliser pour l'intenter avec succès.

DEUXIÈME PARTIE

Acquisition de la propriété prétorienne. — Des conditions que doit réunir le demandeur pour pouvoir intenter la Publicienne. — Des exceptions du défendeur. — De la Publicienne du propriétaire et de la prétendue Publicienne rescisoire.

CHAPITRE VII.

Méthode adoptée dans cette seconde partie.

79. La propriété prétorienne et la Publicienne ont été très probablement créées pour le cas d'achat, puis étendues aux autres *justæ causæ*. — 80. Pour appliquer la méthode historique, il faut donc examiner tout d'abord le cas de l'acheteur.

79. — Nous venons d'étudier les conditions *objectives* de la propriété prétorienne et de la Publicienne, c'est-à-dire les choses auxquelles elle s'applique.

Il s'agit de déterminer maintenant les conditions *subjectives* de l'action, c'est-à-dire celles que doit réunir le demandeur pour triompher dans l'instance, en supposant qu'aucune *exception* ne lui soit opposée.

Pour arriver au but, il importe tout d'abord de choisir avec soin la route, c'est-à-dire la méthode qui peut le plus sûrement nous y conduire.

La méthode dogmatique, outre ses inconvénients généraux, présenterait encore ici un défaut particulier.

La Publicienne a été faite à l'origine, comme le montre la formule type (G., IV § 36), pour protéger l'*acheteur* qui a reçu tradition et qui n'est pourtant pas devenu propriétaire, soit parce que son vendeur ne l'était pas, soit parce que l'objet vendu rentrait dans la classe des choses *mancipi*. Dans la pratique des affaires, cette application de la Publicienne et de la propriété prétorienne était infiniment plus fréquente que toutes les autres réunies; c'est au cas de l'acheteur qu'on a dû penser tout d'abord.

Grâce à la généralité des termes de l'édit, on a pu successivement donner la même protection à d'autres situations, plus ou moins analogues; de proche en proche le domaine de la Publicienne s'est agrandi.

Nous possédons le premier anneau de la chaîne, la formule-type de la Publicienne (G., IV, § 46) et le texte de l'Édit (*supra*, Chapitre IV) qui généralise, qui pose le principe: voilà le point de départ; la compilation de Justinien nous donne le point d'arrivée, et par conséquent la direction suivie: on peut donc espérer retrouver les chaînons intermédiaires, grâce aux traces qu'ils ont laissées dans les écrits des Prudents.

80. — L'Édit que nous possédons, c'est celui de Julien; celui de Publicius était-il conçu d'une manière aussi générale, prévoyait-il la tradition *ex justa causa*, ou bien ne promettait-il d'action qu'au cas de tradition *ex causa emptionis*? Cette dernière conjecture est la plus vraisemblable. Si l'Édit avait été originairement conçu dans les termes généraux (*justa causa*) que nous connaissons, la formule aurait, elle aussi, employé des expressions larges; au lieu de: « *Si quem hominem A A^us^ emit et is ei traditus est*, » on aurait dit, par exemple: « *Si quem hominem A^us^ A^us^ ex*

justa causa per traditionem accepit ». Le concret a précédé l'abstrait, l'application pratique au cas usuel a devancé la généralisation scientifique, et le lien de filiation qui les relie l'une à l'autre a inspiré à Ulpien la remarque que nous lisons dans L. 3, § 1, D., *h. t.* :

« *Et non solum emptori bonæ fidei competit publiciana, sed et aliis.* »

Donc, l'action fut donnée à l'acheteur de bonne foi d'abord, à d'autres ensuite, par analogie.

Ces considérations nous dictent la méthode à suivre et le plan de cette étude. Il faut examiner en premier lieu l'hypothèse normale, l'application originaire de la Publicienne, c'est-à-dire le cas de l'acheteur de bonne foi ; cette expression comprend d'ailleurs le propriétaire bonitaire acquéreur *a domino* aussi bien que l'acquéreur *a non domino ;* tous les deux se croient propriétaires, au moins selon le droit des gens, seulement l'un se trompe, et l'autre ne se trompe pas, mais, vis-à-vis d'un adversaire sans titre cela n'importe point, car une protection identique leur est accordée à tous deux.

Nous avons vu dans l'introduction que la propriété prétorienne n'est autre chose que le droit garanti par la Publicienne ; l'acquéreur de bonne foi est un propriétaire prétorien tout aussi bien que l'acquéreur *a domino,* leurs droits sont identiques, seulement l'acquéreur de bonne foi ne les a pas vis-à-vis de tous. Mais cette différence n'implique aucune dissemblance dans la nature intime du droit.

CHAPITRE VIII.

De la tradition faite à l'acheteur ; il n'est pas indispensable qu'elle lui ait procuré la possession.

1. La formule exige la tradition, non la possession. — 82. Il peut arriver, en effet, dans des cas exceptionnels qu'il y ait eu tradition, et que pourtant le demandeur n'ait pas acquis la possession de la chose livrée. Cas de tradition faite à l'esclave fugitif, L. 15, D. *h. t.* Formule de la Publicienne dans ce cas. — 83. Objection de Pellat. Réfutation. — 84. Suite : L. 11, § 2 D. *h. t.* — 85. Cas de tradition faite à l'esclave de l'hérédité jacente, ou à l'esclave d'une cité, L. 9. § 6, D. *h. t.* — 86. Résumé. Observations sur l'interprétation romaine de l'édit, tantôt littérale, tantôt large, toujours conforme à l'utilité pratique. — 86 *bis*. Moyennant l'achat et la tradition, l'acheteur de bonne foi, même *a non domino*, est un véritable propriétaire prétorien.

81. — Rappelons ici les termes de la formule :

« *Si quem hominem Aus Aus emit et is ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure quiritium esse oporteret.* »

De cette formule il résulte à première vue que la Publicienne compète à l'acheteur *ayant reçu tradition* [1]

1. L. 7, § 16, D., *h. t.* « *Ut igitur publiciana competat, hæc debent concurrere : ut et bona fide quis emerit, et ei res empta eo nomine sit tradita. Cæterum ante traditionem, quamvis bonæ fidei quis emptor sit, experiri publiciana non poterit.* » De même, dans l'usucapion *pro emptore*, la tradition est nécessaire, la prise de possession sans le consentement du vendeur (car s'il consentait il y aurait tradition ou acte équivalent) ne suffirait pas, L. 5, D., *De adq. pos.*, 41, 2 : « *Æque si vendidero, nec tradidero rem, si non voluntate mea nanctus sis possessionem, non pro emptore possides, sed prædo es* (Paul).

et remplissant toutes les conditions requises pour usucaper au titre *pro emptore*, à l'exception d'une seule : *la possession pendant le laps de temps voulu.*

Nous disons : « *la possession pendant le laps de temps voulu* », et non pas seulement « *le laps de temps* » ; en d'autres termes, la formule exige à la vérité qu'il y ait eu tradition, mais non pas que l'acheteur ait eu la possession, même pendant un seul instant. Car, ordonner au juge de supposer que le demandeur a possédé pendant un an, c'est lui enjoindre de supposer deux choses : 1° que le demandeur a possédé : 2° et que cette possession a duré un an. — On dira : qu'importe ? S'il y a eu tradition, et le préteur l'exige, le demandeur aura nécessairement acquis la possession ; ne fût-ce qu'un instant, il a possédé : *Etiam is qui momento possedit, recte hac actione experitur*, dit Paul, L. 12, § 7, D., *h. t.*

82. — Il peut arriver cependant, dans des cas exceptionnels, qu'il y ait eu tradition et que pourtant le demandeur n'ait pas acquis la possession. Telle est l'hypothèse prévue par Pomponius. L. 15, D., *h. t.*

« *Si servus meus, cum in fuga sit, rem a non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditæ per eum nanctus non sim.* »

Mon esclave fugitif a acheté et reçu tradition, Pomponius, suivant sur ce point l'opinion des Proculiens (Nerva, L. 1, § 14, D., *De adq. pos.*, 41, 2), qui d'ailleurs ne l'emporta point [2], admettait, qu'on n'acquérait pas la possession par cet esclave (*licet possessionem rei traditæ per eum nanctus non sim*) [2 bis].

2. L. 50, § 1, D., *De adq. pos.*, 41, 2, Hermogénien. — L. 25, § 2, *in fine*, D. *De liberali causa*, 40, 12, Gaius. — Paul dans L. 1, § 14, *De adq. pos.*, 41, 2, mentionne encore les deux opinions sans se prononcer et Modestin restait fidèle à la doctrine proculienne (L. 54, § 4, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1).

2 *bis*. *Sic*, Pothier, Pand., 41, 2, n° 27, note K. Il y rétracte l'opinion qu'il avait émise précédemment (*h. t.* n° 10). Voulant concilier le texte de Pom-

Cependant le propriétaire de l'esclave a la Publicienne. Il peut dire, en effet : lorsque mon esclave achète et reçoit tradition, lorsque j'approuve ces actes juridiques, c'est comme s'ils avaient été faits par moi ; j'emploierai la formule de Publicienne qui compète au maître, lorsque c'est son esclave qui a acheté : *Si ego non emero, sed servus meus, habebo publicianam* (L. 7, § 10, D., *h. t.*) ; cette formule, qu'il est aisé de reconstruire, n'exige nullement que le maître ait pu acquérir la possession par l'intermédiaire de son esclave. Voici quelle était probablement cette formule :

« *Si quem hominem Aulus Agerius, vel servus ejus, emit, et is ei, vel servo ejus, traditus est, A^us A^us anno possedisset, etc.* »

Bien que les textes ne nous la fournissent pas, elle ne nous en semble pas moins certaine, car elle est calquée mot pour mot sur la formule ordinaire, avec cette seule différence que l'achat a été fait et la tradition reçue par l'esclave ; d'ailleurs on devait nécessairement donner *A^us A^us* pour sujet à *possedisset*, car on ne pouvait pas dire d'un esclave qu'il a possédé.

83. — Pellat, p. 591, 592, repousse l'interprétation que nous avons adoptée pour la L. 15, *h. t.* « Quand je ne puis acquérir par un esclave la possession de la chose qui lui est livrée, je ne puis, » dit-il, « acquérir la propriété ou le droit à l'action publicienne, puisque l'un et l'autre sont la suite de la possession (*possessionem et per hanc dominium*) », L. 20, § 2, D., *De adq. rer. dom.* 41, 1. — J., II, 9, § 5.

C'est résoudre la question par la question, car, ce dont il s'agit, c'est précisément de savoir si, dans les cas exceptionnels dont nous parlons, la Publicienne

ponius avec la doctrine des Sabiniens, il avait supposé qu'il s'agissait dans la L. 15 d'un esclave non seulement fugitif, mais encore possédé par quelqu'un. C'était ajouter au texte.

compète quoique la tradition n'ait point fait acquérir la possession au demandeur. Or, Pomponius, dans la loi 15, déclare en termes formels que le maître a la Publicienne, bien que la tradition faite à son esclave ne l'ait pas rendu possesseur : *licet possessionem rei traditæ per eum nanctus non sim.* La solution se comprend et se justifie d'ailleurs aisément.

D'une part, l'équité voulait qu'on accordât au maître la Publicienne; d'autre part ni la formule ni le texte de l'Edit ne s'y opposaient. La formule, nous venons de le montrer ; l'Edit, lui, exige seulement la tradition *ex justa causa*; nulle part nous ne voyons la possession requise comme condition spéciale et distincte. Pomponius, proculien sur ce point comme sur bien d'autres[3], n'admettait point l'acquisition de la possession par l'esclave en fuite ; cependant il profitait de ce que les exigences de l'Edit étaient littéralement satisfaites, pour accorder la Publicienne réclamée par l'équité.

Plus tard on a admis[4], *utilitatis causa* et à titre de fiction, que le maître conservait la possession de l'esclave en fuite et pouvait même acquérir la possession par son intermédiaire. Alors la Publicienne accordée n'offre plus rien de particulier, et l'on comprend très bien que les rédacteurs des Basiliques, interprétant le texte dans le sens de la compilation et non pas dans celui de Pomponius, aient pu traduire :

« Εἰ καὶ τῆς νομῆς τοῦ παραδοθέντος αὐτῷ σωματικῶς οὐκ ἐπελαβόμην (*licet possessionem rei ei traditæ* CORPORALITER *per eum nactus non sim.*[4 bis] »

L'ensemble de la compilation admettant l'acquisi-

3. L. 21, pr., D., *De adq. rer. dom.*, 41 1. — L. 19, D., *De sol.*, 46, 3.

4. Non sans luttes; nous avons vu (note 2 *supra*) que l'un des jurisconsultes classiques, Modestin, persistait dans l'opinion contraire et que Paul évitait de se prononcer.

4 *bis*. C'est l'interprétation de Cujas, Savigny et Pellat, p. 592.

tion de la possession par l'esclave en fuite, le « *licet possessionem... nanctus non sim* » n'était plus exact; pour concilier ce texte avec les autres, il fallait nécessairement interpréter *possessionem* dans le sens de détention matérielle, et ajouter le « σωματικῶς » (*corporaliter*).

84. — A l'appui du système que nous avons adopté, nous pouvons encore invoquer un texte dont l'explication détaillée sera donnée plus tard (Voy. nos 134, 143). C'est la loi 11, § 2, D., *h. t.*

« *Partus ancillæ furtivæ qui apud bonæ fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo qui emit possessus non est.* »

Si la Publicienne est ici donnée, c'est que le titre (l'achat et la tradition dont la mère a été l'objet) s'étend à l'enfant, qui sera possédé par l'acheteur au titre *pro emptore* (L. 11, § 4, *eod.*). Grâce à cette extension, l'acheteur peut réclamer l'enfant par la Publicienne, bien qu'il ait perdu la possession de la mère avant la naissance de l'enfant, et qu'il n'ait, par conséquent, aucunement possédé cet enfant. Mais il a acheté la mère, il en a reçu tradition; ses droits sur l'enfant sont exclusivement basés sur cet achat et cette tradition, car le part n'est pas un fruit qu'un possesseur de bonne foi puisse acquérir en vertu de la loi.

Il est facile d'imaginer la formule :

Si partum ancillæ quam Aus Aus emit et ea ei tradita est, anno possedisset, etc.

On ne pouvait pas dire qu'il avait acheté le part, non encore conçu peut-être (*partus venditus non est* dit Paul, L. 42, D., *De evict.*, 21. 2), il fallait donc bien parler de l'achat et de la tradition de la mère ; dès lors la formule devait nécessairement être celle que nous indiquons, et il suffit de la lire pour comprendre qu'il n'était nullement indispensable d'avoir possédé

le part et pour justifier le « *etiamsi possessus non est* » d'Ulpien [5].

85. — Les textes nous fournissent un autre cas où l'on acquiert la Publicienne, bien qu'on n'ait pu acquérir la possession par l'intermédiaire de l'esclave qui a reçu tradition.

L. 9, § 6, D. *h. t.* Ulpien :

Si servus hereditarius ante aditam hereditatem aliquam rem emerit et traditam sibi possessionem amiserit, heres publiciana utitur, quasi ipse possedisset. Municipes quoque, quorum servo res tradita est, in eadem erunt conditione.

Les compilateurs, pour mieux préciser la pensée, intercalent immédiatement un passage de Paul; L. 10, D. *h. t.*

Sive peculiari causa servus emerit, sive non.

L'hérédité jacente ne peut, on le sait, acquérir la possession par ses esclaves que lorsqu'ils agissent *ex peculiari causa* (L. 1, § 5, D. *De adq. pos.*, 41, 2 — L. 29, D. *De capt.*, 49, 15, etc.). Or, non seulement le texte (L. 9, § 6, D. *h. t.*) ne distingue pas s'il y a eu acquisition *ex peculiari causa* ou non, mais encore les compilateurs, en intercalant la L. 10, nous interdisent toute distinction.

Il serait en effet tout à fait arbitraire de rapporter la L. 10 seulement au cas où il s'agit d'esclaves des cités,

5. Nous citons pour mémoire l'interprétation invraisemblable de Schulin (*Vierteljahresschrift*, t. 18, p. 527). La L. 15, *h. t.* supposerait que le maître a acquis la possession, mais pas par l'intermédiaire de l'esclave, d'une autre façon, comme s'il y avait : *licet possessionem rei traditæ per eum nanctus non sim, sed alio modo*. Le sens porterait sur : *per eum*. Mais c'est modifier la signification évidente du texte; le jurisconsulte veut dire : quoique je n'aie pas acquis la possession par cet esclave-là, qui était fugitif, bien qu'on acquière en général la possession par ses esclaves. — Au Chapitre suivant, nous verrons encore un cas où la Publicienne compète selon nous, bien qu'on n'ait jamais eu la possession juridique. C'est le cas de l'acheteur conditionnel dépossédé avant l'arrivée de la condition. La condition une fois réalisée, il pourra intenter notre action.

qui, eux, à la différence de l'esclave de l'hérédité jacente, peuvent acquérir la possession pour le municipe, même en dehors de l'administration de leur pécule, pourvu qu'ils agissent sur l'ordre des administrateurs. C'est ce que fait à tort Pellat, p. 539.

86. — Concluons de tout cela que pour intenter la Publicienne, il fallait avoir reçu tradition; *mais qu'il n'était pas indispensable que cette tradition eût procuré la possession au demandeur ;* remarquons d'ailleurs que les cas où la tradition ne fera pas acquérir la possession sont extrêmement rares. Pour donner la Publicienne dans ces hypothèses, on s'est appuyé sur la lettre de l'Édit; dans d'autres cas, c'est l'intention du préteur qu'on invoquera. Tout est bon aux Romains quand il s'agit d'arriver à une solution équitable et pratique, l'interprétation judaïque ou l'interprétation libérale (Voyez aussi n° 127).

C'est ainsi qu'ils se contenteront de la vente sans tradition, si la chose était déjà à un autre titre aux mains de l'acheteur[6]; il importera peu que la tradition ait précédé la vente[7]; que la tradition ait été faite à un individu autre que l'acheteur, si l'acheteur est l'esclave, le mandataire ou le gérant d'affaires de celui qui a reçu tradition[8], ou même si l'acheteur a donné l'ordre de livrer à un tiers[9], enfin, si celui qui reçoit tradition est l'héritier de l'acheteur[10]. Lorsqu'on a acheté un ensemble de biens, on peut intenter la Publicienne à raison

6. L. 9 pr. : *Si quis rem apud se depositam, vel sibi commodatam emerit, vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit.*

7. L. 9, § 2 : *Sed et si præcessit traditio emptionem, idem erit dicendum.*

8. L. 7, § 10 : *Si ego non emero, sed servus meus, habebo publicianam. Idem est et si procurator meus, vel curator, vel quis alius negotium meum gerens emerit.*

9. L. 11 pr. : *Si ego emi et mea voluntate alii res sit tradita, imperator Severus rescripsit publicianam illi dandam.*

10. L. 9 pr. : *Sive autem emptori res tradita est, sive heredi emptoris, publiciana competit actio.*

d'une seule des choses qui ont été livrées en exécution de la vente, la partie est comprise dans l'achat de la totalité [11].

Nous venons de constater une interprétation bien autrement large, nous venons de voir les Romains étendre le juste titre et la tradition aux produits de la chose achetée, bien qu'ils n'eussent aucune existence à l'époque de l'achat et de la tradition.

86 *bis*. — Ainsi, pour reconnaître à l'acheteur la qualité de propriétaire prétorien, on veut qu'il ait reçu tradition. Pas plus que le droit civil, le préteur n'admet la translation de la propriété par l'effet des conventions, mais il exige qu'en fait l'aliénateur se soit visiblement dépouillé de la chose au profit de l'acquéreur. Aller plus loin, demander que l'acheteur ait dans tous les cas acquis la possession juridique, c'eût été dépasser le but, ainsi que nous le montrerons au Chapitre XIII, en généralisant cette question et en étudiant la nécessité de la tradition dans les cas où la *justa causa* n'est pas une vente.

Ce droit que la Publicienne sanctionne constitue d'ailleurs une véritable propriété prétorienne, même dans le cas où l'acheteur a traité avec un *non dominus*. La preuve, c'est que ce droit s'étend aux produits de la chose ainsi que nous venons de le voir. L'acheteur d'une *ancilla* qui n'appartenait pas au vendeur, a sur l'enfant qu'elle met au monde tous les droits du propriétaire prétorien, et notamment la Publicienne ; ce n'est pas sa bonne foi qui les lui donne, car l'enfant n'est pas un fruit, et le possesseur de bonne foi n'a droit qu'aux fruits ; d'ailleurs il acquiert la propriété quiritaire de ces fruits et par conséquent l'action qui lui compète à l'égard de ces fruits, c'est la revendication et non

11. L. 9, § 3 : *Item si hereditatem emero et traditam mihi rem hereditariam petere velim, Neratius esse scribit publicianam.* — L. 12, § 6 : *Si pro parte quis rem petere vult, publiciana actione uti potest.*

pas seulement la Publicienne ; enfin ces droits existent alors même que le produit est né après que l'acheteur a perdu la possession de l'*ancilla*.

Ainsi, cet enfant que l'on n'a pas acheté, car il n'existait pas lors de la vente, cet enfant dont on n'a pas reçu tradition, qu'on n'a même pas peut-être possédé un seul instant, si l'on a perdu la possession de la mère avant l'accouchement, cet enfant pour lequel on ne remplit en définitive aucune des conditions de la Publicienne, on peut pourtant le réclamer par cette action *réelle*. Donc on a sur lui un droit *réel*, et ce droit ne peut être que la propriété prétorienne s'étendant de la chose à ses produits comme le fait la propriété civile. Sans doute cette propriété prétorienne ne sera pas opposable à certaines personnes, mais cela ne l'empêche pas d'être une propriété. Voy. *supra* n° 3 *bis*.

Au surplus ces idées seront présentées avec plus de détails au Chapitre XIV.

La formule exige qu'on ait acheté et reçu tradition ; ce n'est pas tout : elle veut en outre que l'acheteur eût usucapé s'il eût possédé un an ou deux ans, donc il faut qu'il remplisse toutes les autres conditions de l'usucapion *pro emptore*. Ici se présentent quatre questions qui sont communes à la Publicienne et à l'usucapion : celles de l'achat conditionnel, de la bonne foi, de l'achat putatif, du paiement du prix ; chacune d'elles fera l'objet d'un des chapitres suivants.

CHAPITRE IX

De l'achat conditionnel.

Section I. — *Condition suspensive.*

87. L'acheteur sous condition suspensive ne peut usucaper tant que la condition n'est pas arrivée, donc il n'a pas la Publicienne et n'est pas propriétaire prétorien. Mais, d'après Huschke, il pourrait, une fois la condition arrivée, compter pour l'usucapion le temps écoulé depuis la tradition. — 88. Réfutation. — 89. *Pendente conditione*, l'acheteur conditionnel ne peut intenter la Publicienne, faute de titre. — 90. Mais, après la condition réalisée, la Publicienne lui compéterait, même s'il avait été dépossédé avant. — Ainsi il n'a jamais l'*in bonis* avant l'arrivée de la condition.

87. — L'acheteur sous condition suspensive peut-il usucaper ? Peut-il intenter la Publicienne, ou, en d'autres termes, est-il propriétaire prétorien ? Ces deux questions sont étroitement liées, car la propriété prétorienne étant une propriété *virtuelle*, en puissance de devenir propriété civile par l'usucapion, elle suppose que son titulaire remplit toutes les conditions de l'usucapion, sauf le temps de possession. Cependant on serait loin de compte si l'on pensait que la première de ces deux questions une fois résolue, la seconde n'offre plus aucune difficulté.

Le plus souvent dans les ventes conditionnelles, on attendra, pour faire tradition, que la condition soit réalisée. Cependant le contraire peut arriver : par exemple dans la vente à l'essai sous condition suspensive :

Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot (J. III, 23, § 4).

Tant que la condition est en suspens, les textes nous répètent à l'envi que l'acheteur n'usucape pas (L. 8, pr., D., *De periculo*, 18, 6. — L. 2, §§ 2, 4, D., *Pro empt.*, 41, 4. — L. 4, pr., D., *De in diem add.*, 18, 2. — Frag. Vat., § 111.

Pourtant il reste une difficulté : sans doute, tant que la condition est en suspens, l'acheteur ne pourra dire qu'il a usucapé, alors même que cette période douteuse aurait duré un laps de temps suffisant pour l'usucapion, mais la question devient plus délicate lorsqu'on se demande si, une fois la condition réalisée, il ne pourra pas *compter pour l'usucapion le temps écoulé depuis la tradition.*

C'est ce que soutient Huschke, *op. cit.*, p. 58 et note 116 ; l'usucapion commencerait à courir *conditionnellement* à partir de la tradition ; si la condition se réalise, alors *ex post facto usucapionem processisse manifestatur* (L. 17, pr., D., *Ex quib. causis majores*, 4, 6).

L'argument tiré de ce dernier texte n'est pas sérieux. Un militaire étant absent pour le service de la république, une succession s'est ouverte à son profit ; elle a été appréhendée par un autre; les biens qui la composaient ont été achetés à l'héritier apparent par des tiers de bonne foi et usucapés. Le militaire obtiendra la restitution en entier, il pourra revendiquer contre les acquéreurs dont l'usucapion sera rescindée ; mais pour cela il faut, bien entendu, que le soldat accepte la succession dont les choses vendues faisaient partie. Ce n'est pas l'usucapion qui a été subordonnée à la condi-

tion de la renonciation du soldat, comme le dit Huschke, c'est *la rescision de cette usucapion* qui dépend nécessairement de son acceptation future; par conséquent on ne saurait tirer argument de ce texte pour soutenir que l'usucapion peut procéder conditionnellement.

Mais on peut alléguer, à l'appui du système de Huschke une raison plus sérieuse. Ce qui empêche l'usucapion de s'accomplir *pendente conditione*, c'est le défaut de juste titre ; avant l'arrivée de la condition, la vente n'existe pas encore : Paul [1] compare l'acheteur qui croit à tort la condition réalisée, à celui qui se figure avoir acheté, alors qu'il n'y a pas eu de vente : « *Similis est ei qui putat se emisse* » ;

Parlant ensuite de l'acheteur qui ignore encore l'arrivée de la condition, il dit : « *quasi nondum putat sibi emisse* ».

Le même jurisconsulte (Frag. Vat., § 111), prévoyant le cas d'un esclave constitué en dot avec estimation, ce qui vaut vente comme on le sait, s'exprime en ces termes : « *Ante nuptias pendente venditione, non prius usucapio sequi potest quam nuptiis secutis.* »

Si l'usucapion ne procède pas, c'est parce que la vente, subordonnée à la condition de la conclusion du mariage, n'existe pas avant cette date.

Défaut de juste titre, voilà donc le motif qui arrête l'usucapion ! Mais, une fois la condition réalisée, la vente n'est-elle pas censée avoir été contractée du jour de la convention :

« *Quasi jam contracta emptione in præteritum* (L. 8, D., *De periculo*, 18, 6)?

Dès lors, l'acheteur ne doit-il pas être traité comme si la vente avait été pure et simple ? S'il en est ainsi, il aura usucapé dès le jour de la tradition ; le motif tiré

1. L. 2, § 2, D., *Pro empt.*, 41, 4.

du défaut de juste titre est bon tant que dure l'incertitude : *non poterit eam usucapere pro emptore*; mais le motif s'évanouit lorsqu'à l'arrivée de la condition la vente est rétroactivement confirmée.

88. — Malgré ces arguments, nous estimons que l'acheteur ne peut, après l'arrivée de la condition, compter pour l'usucapion le temps qui a précédé. D'abord, il est difficile d'interpréter autrement les expressions de Paul, Fr. Vat., § 111 : « *Non prius usucapio* SEQUI *potest quam nuptiis secutis* ; » elles semblent bien indiquer que le commencement de l'usucapion ne peut précéder l'événement qui forme la condition, surtout s'il faut lire avec Holweg : « *Potuisse eum æstimatum in dotem post nuptias*, ANTE NON [2], *usucapi.* »

Puis, les textes qui posent la règle n'auraient guère d'importance pratique, si leur but était seulement d'indiquer que pendant le temps qui sépare la tradition de l'arrivée de la condition, l'acheteur ne pourra dire qu'il a usucapé, car ce temps sera presque toujours beaucoup plus bref que le délai d'usucapion. On ne fait guère de ventes conditionnelles subordonnées à des événements à longue échéance [3]; lorsque, malgré la condition, le vendeur fait tradition, c'est qu'il compte sur la réalisation probable, et à bref délai, de la condition.

Enfin, l'usucapion suppose une possession accompagnée d'un *animus domini* bien caractérisé, qui n'existe point chez l'acquéreur conditionnel. C'est tellement vrai que Paul hésite à admettre que cet acheteur usucape, même après l'arrivée de la condition,

2. Au lieu de *ante non*, Mommsen lit: *anno*. Le manuscrit porterait : *antino*.

3. Par exemple la L. 38, D. *de minor.*, 4, 4, parlant à la vérité d'une condition résolutoire. la *lex commissaria*, mentionne un cas où l'acheteur, payant comptant la moitié du prix, doit verser un quart dans les deux mois après la vente, et le dernier quart deux mois après, à peine de résolution de la vente. Le délai de la condition est donc ici de quatre mois au plus.

lorsqu'il ignore cette arrivée, et ne décide en faveur de l'usucapion que pour faire prédominer la vérité sur la croyance [4].

Ce qui lui manque, c'est l'*affectio emptoris*, et la rétroactivité de la condition est impuissante à effacer ce fait. Sans nous embarrasser dans la question de savoir quelle est la nature de la possession ou de la détention qu'il a eue [5], en tous cas ce n'a pas été une possession *affectu emptoris* et c'est celle-là qui est exigée.

Ainsi donc, l'usucapion ne court pas, *pendente conditione*, au profit de l'acheteur conditionnel; même après l'arrivée de la condition, il ne saurait compter le temps qui s'est écoulé depuis la tradition.

89. — *Quid* de la Publicienne ? — *Pendente conditione*, l'acheteur conditionnel ne saurait, même après la tradition, intenter cette action, car il ne peut dire qu'il a acheté, ni par conséquent invoquer soit les termes de l'Edit (*ei* QUI BONA FIDE EMIT, etc.), soit la formule

4. L. 2, § 2, D., *Pro empt.*, 41, 4. « *Contra si extitit et ignoret*, POTEST DICI, *secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum.* (Ici le jurisconsulte citait, par analogie, le cas de l'acheteur d'une *res mancipi*, qui l'acquiert *a vero domino* et en reçoit tradition, mais se figure à tort que son vendeur n'est pas propriétaire : il usucape cependant, et devient ainsi propriétaire quiritaire. Ce passage a été naturellement supprimé par les compilateurs, le cas ne pouvant plus se présenter sous Justinien. Cette restitution est imposée par la suite du texte qui continue ainsi) : *Est tamen nonnulla diversitas : quod ibi, cum rem putat alienam quæ sit venditoris, affectionem emptoris habeat : at cum nondum putat conditionem extitisse, quasi nondum putat sibi emisse. Quod aperius quæri potest, si cum defunctus emisset, heredi ejus tradatur, qui nesciat defunctum emisse, sed ex alia causa sibi tradi, an usucapio cesset?*

5. Scheurl (*Beitræge*, t. II, 1re partie, p. 141-145), admet l'acquisition conditionnelle de la possession ; l'acquéreur aurait un *animus* conditionnel, l'*animus* du possesseur ou du détenteur, selon l'événement.

Sell, *Ueber bedingte Traditionem*, p. 36 et s., cité par Bufnoir, enseigne que l'acquéreur conditionnel n'a que la détention *pendente conditione*. Ihering, *Krit. Jahrbb.*, II, p. 882 et s., 894 et s., cité par Scheurl, soutient que l'acquéreur conditionnel a la possession. Bufnoir, *Condition*, p. 390, l'enseigne aussi, et en même temps il considère que l'aliénateur reste possesseur *ad usucapionem*, d'où il résulterait, en ce qui touche l'acquéreur, un nouveau cas de possession dérivée, à ajouter aux quatre reconnus par Savigny, *Possession*, ce qui est difficile à admettre.

(*si quem hominem* A^{us} A^{us} EMIT). La fiction de possession qu'elle contient ne peut lui servir de rien, car elle ne change rien à son titre qui est encore conditionnel, et par conséquent impropre à l'usucapion [6].

90. — Mais supposons qu'ayant reçu tradition, il ait été dépossédé, puis qu'ensuite la condition se réalise; pourra-t-il *alors* intenter la Publicienne?

Les textes sont muets sur cette question; pourtant nous n'hésiterons point à la résoudre par l'affirmative. Notre acheteur satisfait à toutes les exigences de l'édit et de la formule. Il a acheté, le fait est aujourd'hui certain, puisque la condition est arrivée; il a de plus reçu tradition; que lui manque-t-il? A la vérité, il n'a pas été un seul instant *in via usucapiendi* [7]; mais qu'importe? Ne venons-nous pas de voir, par plusieurs exemples, au chapitre précédent, que cela n'est pas indispensable, qu'il suffit de l'achat et de la tradition, même lorsque cette dernière n'a point procuré la possession? Le préteur n'exige pas qu'on ait possédé, tout au contraire, il le suppose (Voy. *supra*, Chapitre VIII.) Or, si notre acheteur avait possédé pendant le temps requis, il aurait certainement usucapé [8].

6. Huschke (*loc. cit.*), assimile l'acheteur conditionnel à celui qui n'a pas payé son prix et, s'appuyant sur la loi 8, D., *h. t.*. il donne la Publicienne au premier comme au second. Mais il y a un abîme entre les deux situations: même avant d'avoir payé, on a l'*affectus emptoris*, on est un acheteur; on n'en est pas un avant l'arrivée de la condition (V. *supra*, nos 87, 88). Huschke reconnaît qu'un droit conditionnel ne doit pas, en principe, engendrer d'action, mais il fait remarquer que le préteur accorde pourtant à l'institué conditionnel la *bonorum possessio*, moyennant caution ou promesse (L. 12, D., *Qui satisdare cog.*, 2, 8; — L. 8, D., *De stip. prætor.*, 46. 5), protégeant ainsi un individu digne d'intérêt, sans préjudicier au véritable titulaire du droit; la Publicienne, ajoute Huschke, atteint précisément ce but. Mais, dans le cas de l'institué conditionnel, il fallait bien, pour éviter les inconvénients de la vacance de l'hérédité, l'attribuer provisoirement à quelqu'un; il n'y a donc point d'analogie entres ce cas et celui de l'acheteur conditionnel, il n'y a point les mêmes motifs de décision.

7. Si l'on adoptait le système de Scheurl (Voy. note 5), cette difficulté disparaîtrait, puisque cet auteur admet, avec Huschke, qu'une fois la condition arrivée, l'acheteur peut dire qu'il a usucapé depuis la tradition.

8. Il ne faudrait pas objecter que, même en supposant qu'il a possédé un an *depuis la tradition*, il n'aurait pas usucapé le meuble litigieux, car de cette

D'un autre côté, si notre acheteur conditionnel avait acquis *a vero domino*, une fois la condition réalisée il serait devenu propriétaire en vertu de la tradition antérieure, et cela alors même qu'il aurait perdu la possession (ou détention si on aime mieux) avant l'arrivée de la condition [9]. Acquéreur *a domino*, il aurait la revendication (en supposant la chose *nec mancipi* bien entendu); acquéreur *a non domino* il est juste de lui donner la Publicienne; on a vu que rien ne s'y opposait.

Pour appliquer ces idées à un exemple, nous déciderons que si j'ai acheté un esclave sous la condition suspensive « *si mihi placuerit intra certum diem*, » je pourrai le réclamer par la Publicienne, alors même qu'au moment où je déclare à mon vendeur que l'esclave me

année, il faudrait défalquer le temps qui s'est écoulé entre la tradition et l'arrivée de la condition, temps, qui, dans notre système, ne compte pas pour l'usucapion, en sorte que notre acheteur, même aidé par la fiction, n'aurait pas un an de possession utile. Ce raisonnement mènerait à décider que si notre acheteur était dépossédé peu de temps *après l'arrivée* de la condition, la Publicienne lui serait aussi refusée. En effet, appliquons-lui le même raisonnement : il est censé avoir possédé un an *depuis la tradition*, mais de cette année, il faut défalquer le temps écoulé entre la tradition et l'arrivée de la condition, etc. Ce résultat serait absurde, car nul ne contestera la Publicienne à l'acheteur dépossédé *depuis* que la condition s'est réalisée.

De tout cela découle une importante conséquence : l'année imaginaire de possession ne doit pas prendre son point de départ au jour de la tradition, mais au contraire, il faut que le juge, se plaçant au jour de la *litiscontestatio*, et remontant en arrière, suppose que le demandeur a possédé pendant toute une année avant cet instant. Or, au moment de la litiscontestation, si le demandeur avait eu la possession, ç'aurait été une possession *ad usucapionem*, puisque la condition était arrivée. C'est la possession qu'il aurait eue au jour de la *litiscontestatio*, s'il n'avait pas été dépossédé, c'est cette possession-là qui est censée avoir duré un an. Voy. *supra* n°s 12, 45, et *infra* Chap. XV, n° 182 note 71 bis, n° 209 note 129; Chap. XX, n° 243 note 2, n°s 236 note 22, n°s 262, 288.

9. L. 11, § 9, D., *De donat. inter.*, 24, 1. « *Si uxor rem, quam a marito suo mortis causa acceperat, vivo eo alii tradiderit, nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitæ tempus mulieris fuit. Plane, in quibus casibus placeat retro agi donationem, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur.* » — La femme, acquéreur conditionnel, s'est dépouillée de la chose au profit d'un tiers, elle n'en a plus la possession; eh bien! le texte laisse entendre que même dans le cas où la donation ne rétroagit pas, elle devient propriétaire au jour du décès du mari, c'est-à-dire au jour de l'arrivée de la condition, quoiqu'à ce moment elle ne soit plus en possession, puisqu'elle a fait tradition à un tiers.

convient, j'en ai, à mon insu peut-être, perdu la possession.

En résumé l'on voit que la propriété prétorienne ne peut appartenir à l'acheteur sous condition suspensive qu'après l'arrivée de la condition.

SECTION II. — *Condition résolutoire.*

91. L'acheteur sous condition résolutoire usucape, donc a la Publicienne tant que la vente n'est pas résolue. L. 41, pr. D. *De reiv.* 6, 1. — Jusque-là il a donc la propriété prétorienne; il la perd à ce moment. Quels sont alors les droits du vendeur? Renvoi.

91. — Il y a beaucoup moins de difficulté en ce qui touche la situation de l'acheteur sous condition résolutoire.

La vente est pure, mais résoluble sous condition; tant que la condition ne se réalise pas, l'acheteur usucape [10] : il est donc certain qu'il a aussi la Publicienne, car il a acheté, il a reçu tradition.

Mais une fois la condition arrivée, la vente étant résolue, anéantie (*res inempta est*), il en résulte *qu'il n'a pas acheté* [11], qu'il ne remplit plus les conditions de la Publicienne.

C'est ce que dit Ulpien dans un texte fameux, trop souvent mal compris, parce qu'on voyait, dans l'action *in rem* dont il parle, la revendication, alors qu'il ne s'agit que de la Publicienne :

10. L. 2, pr., § 1, D., *De in diem add.*, 18, 2. — L. 2. §§ 3, 4. 5, D., *Pro empt.*, 41, 4. — Le vendeur rentré en possession après l'arrivée de la condition peut compter pour l'usucapion le temps pendant lequel l'acheteur a possédé : L. 19, D. *De usurp.*, 41, 3.

11. *Finita est emptio,* L. 4, D., *De lege com.*, 18, 3.

L. 41, D., *De rei vind.*, 6, 1. — Ulpianus lib. 17 *ad Edictum :*

« *Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam conditionem jam non potest* IN REM ACTIONE *uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti* IN REM ACTIONE *potest*; *postea non poterit* [12]. »

Ulpien au livre 16 traitait de la revendication et de la Publicienne; il terminait ce qu'il avait à dire de cette dernière action au commencement du livre 17 [13], ajoutait ensuite quelques solutions communes aux deux actions [14], et, suivant l'ordre de l'Edit [15], passait aux servitudes.

12. Quelle différence y a-t-il entre les deux clauses de vente supposées par Ulpien? Selon la glose *ad h. l.*, Boehmer, *Exercitationes ad Pand.*, I, 1, *Exerc.* IV, § 3, et Pellat, p. 277, Ulpien suppose en premier lieu que la vente peut être résolue à n'importe quelle époque si le vendeur trouve de meilleures conditions : et en second lieu qu'un délai a été fixé : c'est à ce dernier cas que s'applique proprement la dénomination d'*addictio in diem.* — Levi (*Tesi di Laurea : Se per Diritto Romano*, etc , p. 20), suivi et cité par Schulin (*Ueber Resolutivbedingungen und Endtermine*, Marburg, 1875, p. 171) pense que le premier cas prévu par Ulpien diffère de l'*addictio in diem* en ce que, dans ce premier cas, l'offre de meilleures conditions résoudrait la vente même contre le gré du vendeur. Ces deux interprétatious sont admissibles; il y en a cinq autres plus ou moins invraisemblables rappelées par Schulin (*eod.*, p. 169). Citons seulement, pour la réfuter, celle de Cujas, *Recitationes in tit. de R V. ad h. t.* (Voyez Pellat, p. 277, note 2) d'après lequel Ulpien supposerait dans le second cas une *addictio in diem* sous condition suspensive. Mais, s'il en était ainsi, Ulpien ne donnerait certes pas, à l'acheteur une action réelle avant l'arrivée de la condition : ni la revendication, car il n'est évidemment pas propriétaire, ni la Publicienne pour les raisons exposées plus haut sous la Section I.

13. Il est certain, par exemple, que sous le nom d'action *in rem*, Ulpien parle de la Publicienne dans la loi 77, D., *De reiv.*, 6, 1. Il s'agissait d'un *fundus* (*res mancipi* par conséquent) aliéné par la tradition, ou plutôt par un constitut possessoire équivalant à une tradition, ce qui ne peut donner la propriété quiritaire, ni par suite la revendication à l'acquéreur. Il est d'ailleurs absolument certain qu'il n'y a pas d'interpolation; c'était bien de tradition, non de mancipation que le texte parlait, puisque les deux parties n'étaient pas présentes Voici ce texte : *Quædam mulier fundum non marito donavit per epistolam, et eumdem fundum ab eo conduxit : posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam acquisierit possessionem veluti per colonam. Proponebatur quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset cum epistola emitteretur : quæ res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset.*

14. Par exemple : L. 73, D., *De reiv.*, 6, 1.

15. Voy Rudorff. *Ed. perpet.* et Lenel, *Das Edictum*,

Dans la L. 41, on a donc tout au moins autant le droit d'interpréter *a priori* « *actio in rem* » par *publicienne*, que d'y voir la *revendication*. Mais il faut aller plus loin ; ce texte lui-même nous fournit immédiatement la preuve que c'est bien de la Publicienne qu'il s'agit.

Voici le passage qui suit le *pr.* transcrit plus haut :

§ 1 : *Si servus mihi vel filius familias* FUNDUM *vendidit et tradidit, habens liberam peculii administrationem*, IN REM ACTIONE *uti potero. Sed et si, domini voluntate, domini rem tradat, idem erit dicendum : quemadmodum cum procurator voluntate domini vendidit vel* (et?) *tradidit*, IN REM ACTIONEM *mihi præstabit.*

Lorsqu'un esclave administrant son pécule vend et livre un *fundus* (*res mancipi*), l'acquéreur ne devient que propriétaire bonitaire, et par conséquent la seule action *in rem* qu'il ait, c'est la Publicienne et non pas la revendication !

Or, nul ne soutiendra sans doute que les mots *actio in rem* aient un autre sens au *principium* de notre texte qu'au § 1 ; dans la L. 41, ils sont répétés quatre fois, c'est-à-dire presque à chaque ligne, et toujours bien entendu dans le même sens. Il est certain pour l'un des cas qu'il s'agit de la Publicienne, donc cela est également certain pour tous les cas prévus par le texte.

En outre, on ne saurait prétendre qu'Ulpien avait écrit : « *mancipavit* » au lieu de « *tradidit* » en parlant de l'esclave qui vend et livre un immeuble, car il met sur la même ligne le cas où l'aliénation s'opère par l'entremise d'un mandataire qui ne pourrait représenter le mandant dans une mancipation [16]. D'ailleurs le

16. Schulin, *Resolutivbedingung*, p. 172. C'est par inadvertance que M. Bufnoir, *Condition*, p. 150, voyant dans l'*actio in rem* du texte la *rei vindicatio*, dit que le fragment suppose, à n'en pas douter, que l'aliénation a été faite par un mode solennel comme la *mancipatio*. La fin du texte suppose *à n'en pas*

texte ne présente pas la moindre trace d'altération [17].

Concluons de là, avec Schulin, que l'acheteur sous condition résolutoire perd la Publicienne dès l'arrivée de la condition, parce qu'il perd son titre ; il n'est plus acheteur, puisque la vente est résolue.

Ainsi l'acheteur sous condition résolutoire doit être considéré comme propriétaire prétorien tant que la vente n'est pas résolue. Ce moment arrivé, il cesse d'usucaper, car il n'a plus de juste titre, il n'a plus la Publicienne, et la propriété prétorienne s'échappe de ses mains.

On admettra aisément que l'*in bonis* ne va pas rester sans titulaire et que le vendeur va le ressaisir. La Publicienne en effet ne se perd point définitivement par l'aliénation sous condition résolutoire [17 bis], et nous savons qu'elle forme le signe certain de la propriété prétorienne.

Mais le vendeur n'a-t-il pas à sa disposition une arme plus puissante encore ? Lorsqu'une vente a été faite sous la clause résolutoire de l'*addictio in diem*

douter, qu'il n'y a pas eu mancipation, donc l'action *in rem* dont il y est question ne peut pas être la *reivindicatio*.

17. Ce n'est pas le seul qui, traitant de la Publicienne, ait été transporté par les compilateurs au titre de la *Revendication*. Nous avons déjà cité (*supra*, note 13), la L. 77, *eod.* Toutes les fois qu'il s'agissait d'une acquisition *a domino*, et que le jurisconsulte donnait la Publicienne, les compilateurs, partant de l'idée qu'à leur époque il n'y avait plus qu'une seule espèce de propriété, ont transporté le texte dans la matière de la revendication. Il est certain par exemple que Callistrate parlait de la Publicienne dans la L. 50, D., *De reiv.*, 6, 1. On ne peut, dit-il, réclamer par cette action l'immeuble qu'on a acheté, avant d'en avoir reçu tradition. Cela ne serait pas vrai de la revendication qu'on peut intenter dès qu'on est devenu propriétaire, par exemple par une cession *in jure*. Ce déplacement des textes était facilité par le fait que les jurisconsultes désignaient souvent la Publicienne par l'expression de *in rem actio*, ainsi qu'on le démontrera ultérieurement au Chapitre XVIII. D'ailleurs cette transposition était très légitime lorsqu'il s'agissait d'une *res mancipi*, et que le jurisconsulte avait dû, par suite du défaut de mancipation, ne donner que la Publicienne ; malheureusement il est d'autres cas où l'acquéreur, bien qu'acquéreur *a domino*, n'a que la Publicienne, ainsi qu'on tâchera de le montrer plus tard, par exemple le cas de l'acheteur sous la condition résolutoire de la *lex commissoria*. De là des difficultés.

17 *bis*. Voyez *infra* nos 282, 283, et Chapitre XIV, section I.

ou sous celle de la *lex commissoria*, le vendeur a-t-il vraiment perdu la propriété quiritaire par la tradition faite à l'acheteur, et la revendication même ne lui compète-t-elle pas, affranchie désormais des exceptions qu'on aurait pu lui opposer auparavant ? Il serait prématuré d'aborder ici ces questions, elles seront traitées avec les développements qu'elles nécessitent, aux Chapitres XXV et XXVI de cet ouvrage [18].

18. C'est pour ce motif que nous ne pouvons donner ici le commentaire d'un texte célèbre, la L. 29 D., *De mort. causa don.*, 39, 6, extrait, lui aussi, du livre 17 d'Ulpien *ad Edictum*. Cependant nous pouvons déjà en expliquer quelques mots. Une donation étant faite sous condition résolutoire, le jurisconsulte estime que le donataire aura l'action *in rem* pendant le temps qui s'écoulera depuis la donation (faite par tradition bien entendu) jusqu'à l'arrivée de la condition : « *in rem competere..... interim ei cui donatum est.* » C'est dire qu'après l'arrivée de la condition résolutoire le donataire perd l'*actio in rem*; cette *actio in rem*, c'est la Publicienne, et il est tout naturel que le donataire la perde, puisque son titre se trouve résolu. Plus de titre, plus de Publicienne.

CHAPITRE X

De la bonne foi de l'acheteur.

92. Elle consiste à ignorer le défaut de droit de son vendeur, ou à croire qu'il a le pouvoir d'aliéner. L. 109, D. De V. S. 50, 16. — 93. Personnes chez qui la bonne foi est exigée. Achat par les esclaves. — 94. Epoques où la bonne foi est requise : *a*) au jour de la tradition : L. 7, § 17, D. *h. t.* — 95. *b*) Elle est aussi exigée, comme pour l'usucapion, au jour de la vente. Controverses sur l'origine de cette règle. Système d'après lequel elle résulterait de la rédaction accidentelle de l'édit Publicien, et aurait passé de là dans l'usucapion (Accarias). — 96. Réfutation. — 97. Suite. — 98. Autres objections. La règle a pris naissance dans l'usucapion, mais comment l'expliquer ? — 99. Premier système (Pellat, Peiron) : cette particularité tient à la rédaction des lois sur l'usucapion, qui visaient le cas d'une *emptio ; emptio* signifiait alors *acquisition* à titre onéreux ; plus tard il désigna le contrat, l'*achat*. — 100. Réfutation. — 101. Autres objections : les lois anciennes sur l'usucapion ne prévoyaient pas spécialement l'*emptio*, ne parlaient ni de juste titre ni de bonne foi ; elles se bornaient à exclure les choses volées et à fixer les délais. — 102. La théorie du juste titre et de la bonne foi a été formée par la jurisprudence. — 103. Système de Huschke. La vente était à l'origine, non un contrat, mais l'acquisition d'une chose pour de l'argent ; la bonne foi exigée au moment de cet acte unique a dû être requise au moment des deux actes en lesquels cet acte unique s'est plus tard décomposé, le contrat et l'acquisition (tradition). Système de Windscheid, qui voit dans le contrat même une aliénation. — 104. Arguments de Huschke, son explication de L. 10, pr. D. *De usurp.* 41, 3 (note 27). Réfutation. D'ailleurs il est vrai de dire que la mancipation a été une vente réelle. Réfutation du système contraire (note 28). — 105. Système de Donneau, Cujas, Bernhoft : il est illicite d'acheter une chose qu'on sait n'être pas au vendeur. Réfutation. Système de Holder (note 30) réfutation. — 106. Système de Stintzing. La vente n'oblige à transférer la propriété, que lorsqu'au jour du contrat l'acheteur croit le vendeur propriétaire : elle ne peut donc être un juste titre d'usucapion que dans ce cas-là. Réfutation. — 107. Méthode à suivre pour découvrir, s'il est possible, la véritable explication. — 108. Les Romains expliquent eux-mêmes la nécessité de la bonne foi au temps de la vente et en même temps la nécessité d'un achat réel (non putatif) en disant que l'acheteur n'usucape pas *pro soluto*, comme dans les autres contrats : L. 2, pr. D. *Pro emptore,* 41, 4, L. 48, D. *De usurp.*, 41, 3 (Paul). — 109. La bonne foi devant être contemporaine du

titre, on comprend qu'elle soit exigée lors de la vente dans le titre *pro emptore*. — 110. Mais pourquoi l'acheteur n'usucape-t-il pas *pro soluto;* la livraison n'est-elle pas l'acquittement d'une obligation et par conséquent un paiement ? Le vendeur n'est-il pas obligé à livrer ? — 111. Explication proposée : le paiement ne peut être un juste titre (*pro soluto*) que lorsqu'il constitue *une datio*, lorsqu'il est l'acquittement d'une obligation de *dare*; or, le vendeur n'est pas tenu à *dare*; allant plus loin on peut même dire que primitivement, il n'était pas même *en droit*, obligé à livrer, mais que ne pas terminer loyalement l'affaire l'eut exposé *en fait* à se voir condamner par un arbitre statuant en équité, par conséquent *en dehors du droit*. A cette époque ancienne les actions de bonne foi ne rentraient pas dans la sphère du *jus* et ressemblaient bien plus à des actions *in factum*, comme celle de dol, qu'à des actions *in jus*. — 112. Mais, à l'époque classique, elles sont depuis longtemps considérées comme actions *in jus*; l'équité fait partie du *jus*, et le motif ancien que Paul donne encore par habitude n'est plus exact; si telle a été l'intention des parties, le vendeur peut être obligé à transférer la propriété, et dans ce cas la livraison constituant l'acquittement d'une obligation de *dare*, l'acheteur devrait pouvoir usucaper *pro soluto*. — 113. Explication de la L. 10 pr. D. *De usurp.*, 41, 3. — 114. La bonne foi est encore exigée au moment où l'on reprend possession, si on l'a perdue.

92. — Qu'est-ce qu'un acheteur de bonne foi ? Chez qui la bonne foi est-elle requise ? A quel moment ? Voilà les principales questions que nous avons à examiner dans ce paragraphe.

1° Qu'est-ce qu'un acheteur de bonne foi ? — Fort heureusement, nous trouvons dans les textes une définition tellement nette de l'acheteur de bonne foi, qu'aucune discussion sérieuse n'est possible sur ce point. L'un des derniers jurisconsultes classiques, parfaitement au courant de la terminologie de ses prédécesseurs, Modestin, détermine en ces termes la nature de la bonne foi (L. 109, D., *De V. S.*, 50, 16).

Modestinus, lib. 5, *Pandectarum : Bonæ fidei emptor esse videtur qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.* (Voy. aussi G., II, § 43, *infra*, note 4).

Remarquons tout d'abord que le jurisconsulte ne dit pas : *qui putavit eam rem venditoris esse*, mais : *qui ignoravit alienam esse*. Il est tellement naturel, lorsqu'on achète, de supposer le vendeur propriétaire, le

seul fait de vendre un objet est tellement propre à donner cette conviction à l'acheteur, qu'elle s'impose à lui ; donc, tout ce qu'on peut exiger de lui, c'est qu'il n'ait pas, par ailleurs, appris le contraire.

S'il sait que le vendeur n'est pas propriétaire, il peut encore être de bonne foi, mais à la condition de croire que ce vendeur a le droit d'aliéner. C'est ce que nous dit la fin du texte. Ici ce n'est pas seulement l'absence d'une connaissance contraire qui est exigée, c'est une croyance positive (*putavit*), comme dans le cas où il s'agit de la capacité d'aliéner du propriétaire lui-même. Cette conviction positive doit reposer sur une erreur de fait [1] et non de droit, enfin il faut qu'elle ne soit pas inexcusable.

Pas de prime à l'ignorance, pas de prime à l'ineptie! Telle est la solution du bon sens et la doctrine certaine des jurisconsultes romains.

Ainsi, dans le cas où le vendeur n'est pas propriétaire, la bonne foi consiste chez l'acheteur à ignorer cette circonstance [2]. Gardons-nous bien de dire qu'elle consiste à croire qu'il devient propriétaire, car, d'une part, il usucape alors même qu'il ne le croirait pas [3],

1. Voy. *infra*, Chap. XI *in fine*, note 13. — L. 2, § 15, D., *Pro emptore*, 41, 4 : *Quod si tu scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia juris error nulli prodet.* — L. 4, D., *De juris et facti ign.*, 22, 6 ; L. 3, § 1 ; L. 4, L. 6, L. 9, § 2. D., *eod.* : L. 4 : *In usucapione..... facti ignorantiam prodesse constat* ; L. 6 : *Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantibus..... neque negligentia crassa aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur.*

2. Quand on achète d'un mandataire, on n'est pas de bonne foi si l'on collude avec lui pour avoir la chose à vil prix, L. 7, § 6, *in fine*, D., *Pro emptore*, 41, 4. C'est là une application du principe posé dans L. 6, C., *De præscript. longi temp.*, 7, 33 : *Longi temporis præscriptio in malæ fidei contractibus locum non habet.* — Remarquons que, dans le cas du premier texte, le *procurator*, ayant pouvoir de vendre à tout prix, a bien transféré l'*in bonis* à l'acheteur, mais non la propriété quiritaire, parce qu'il s'agissait d'un *fundus*, ce qui explique que le mandant ait conservé la revendication.

3. L. 44, § 4, D., *De usurp.*, 41, 3. — Il s'agit d'un individu qui se croit fils de famille alors qu'il est devenu *sui juris* par la mort de son père. — Voyez aussi L. 3, D., *Pro donato*, 41, 6. Voy. encore *supra*, Chap. IX, note 3, et comparez Ulp. XI, § 27. (*Si rem mancipi alienent*) avec Fr. Vat., § 1

et d'autre part, la bonne foi étant exigée non seulement au moment de la tradition, mais encore au moment de la vente, ainsi que nous allons le voir, cette bonne foi ne peut être, à ce moment de la vente, que la croyance en la propriété du vendeur, l'acheteur ne pouvant évidemment se considérer comme propriétaire au jour de la vente, avant toute tradition.

93. — 2° Chez qui la bonne foi est-elle exigée ?

Chez l'acheteur : le dol du vendeur importe peu (L. 7, § 11, D., *h. t.*), sauf le cas où la chose est mobilière, car celui qui vend et livre sciemment le meuble d'autrui, commet un vol (G., II, § 50); le vice de furtivité, dont la chose serait alors entachée, empêcherait l'usucapion et la Publicienne.

Si l'achat a été fait par un esclave, Ulpien, se plaçant sans doute dans l'hypothèse d'une acquisition pour le pécule, décide que c'est la bonne ou la mauvaise foi de l'esclave qu'il faut considérer (L. 7, § 13, D., *h. t.*). On sait, en effet, qu'en matière d'usucapion, si l'esclave n'a pas de pécule, c'est la bonne foi du maître qui importe, et que, même en cas de pécule, si au moment de l'achat le maître était de mauvaise foi, il ne pourrait usucaper (L. 2, § 10-15, D., *Pro emptore*, 41, 4. — L. 43, § 1, D., *De usurp.*, 41, 3).

Les acquisitions faites par un tuteur sont sans doute soumises aux règles applicables aux achats réalisés par un esclave pour son pécule.

Si c'est un mandataire qui achète, c'est la bonne

in fine. L'acheteur d'une chose *mancipi* vendue et livrée par une femme en tutelle usucape, s'il a payé son prix, bien qu'il sache n'être pas devenu propriétaire : il ne doit pas ignorer en effet que la femme ne pouvait aliéner cette *res mancipi* sans l'*auctoritas* de son tuteur. Dans le cas de la loi 3, *Pro donato*, l'époux donataire usucape la chose d'autrui donnée par son conjoint, bien qu'il ne puisse croire être devenu propriétaire en vertu d'une donation prohibée. Si la donation est valable dans l'espèce, c'est que l'époux donateur ne s'est pas appauvri en donnant une chose qu'il ne pouvait usucaper parce qu'il la possédait de mauvaise foi. Le donataire ignorait tout cela et croyait que la chose appartenait au donateur.

foi du maître qu'il faut considérer (Arg. L. 47, D., *De usurp.*, 41, 3).

Ce sont, on le voit, les règles de l'usucapion.

94. — 3° C'est aussi une règle de l'usucapion, transportée comme les précédentes dans le domaine de la Publicienne, que nous allons étudier maintenant ; nous voulons parler des époques où la bonne foi est requise.

a) *La bonne foi est requise au moment de la tradition* :

L. 7, § 17, D., *h. t.* (Ulp. lib. 16 *ad Ed.*) :

Julianus, lib. 7 Digestorum scripsit, traditionem rei emptæ oportere bona fide fieri ; ideoque si sciens alienam possessionem adprehendit, publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit. Nec quisquam putet hoc nos existimare, sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, ut quis possit publiciana experiri, sed oportere et tunc bona fide emptorem esse.

Après avoir commenté le « *qui bona fide emit* » de l'Edit et avoir parlé de la nécessité de la bonne foi au moment de l'achat (condition dont nous ne parlerons qu'en second lieu parce qu'elle donne naissance à beaucoup plus de difficultés), Ulpien expose que l'acheteur doit être de bonne foi au moment de la tradition, et comme aucune expression de l'Edit n'exigeait cette condition, il est forcé pour la justifier d'invoquer les règles de l'usucapion, applicables ici par suite de la fiction contenue dans la formule : « *Quia usucapere non poterit* », tandis que lorsqu'il s'agissait de la bonne foi au temps de l'achat, il n'avait qu'à citer les termes de l'Edit, sans avoir à rappeler les principes de l'usucapion, principes dans lesquels le préteur avait d'ailleurs puisé cette nécessité de la bonne foi au moment de la vente, ainsi que nous le verrons tout à l'heure.

Mais enfin, quant à cette condition, Ulpien n'avait

pas besoin de remonter plus loin que l'Edit, tandis qu'il fallait avoir recours aux principes de l'usucapion pour justifier l'exigence de la bonne foi au temps de la tradition.

En effet, dans la matière de l'usucapion, s'il est un principe certain, c'est que la bonne foi, quand elle est exigée, doit exister au moment de l'acquisition de la possession [4].

95. — *b) Dans la Publicienne, comme dans l'usucapion, il fallait encore être de bonne foi au moment de l'achat* [5].

La difficulté est de connaître le motif de cette prescription commune aux deux institutions.

Sans aucun doute, l'une d'elles l'a empruntée à l'autre ; mais est-ce dans l'usucapion que la règle a pris naissance, pour s'étendre ensuite tout naturellement à la Publicienne, puisque le juge y doit examiner si les conditions de l'usucapion, à part la possession pendant le délai, sont remplies ; — ou bien, au contraire, par une singulière interversion de rôles, est-ce de la Publicienne que cette condition a passé dans l'usucapion ?

Cette dernière doctrine a trouvé des défenseurs [6].

Avant la Publicienne, il aurait suffi d'être de bonne foi

4. Voy. notamment : L. 7, § 4, D., *Pro empt.*, 41, 4, et Gaius, II, § 43 : *Si modo eas bona fide acceperemus, cum crederemus eum qui tradiderit dominum esse.* L. 15, § 2 ; L. 43, D., *De usurp.*, 41, 3.

5. L. 7, § 11, § 16, § 17 et *passim, h. t.* — Pour l'usucapion : L. 2 pr., *Pro empt.*, 41, 4. — L. 48, D., *De usurp.*, 41, 3.

6. Voy. Accarias, *Précis*, 3e édition, t. I, § 236, p. 563, note 3. — Esmein, *Sur l'histoire de l'usucapion*, Nouvelle Revue historique, 1885, p. 261. Notre savant collègue, auquel la science doit déjà tant de doctes et intéressantes études, réfute (p. 285) la doctrine de Stintzing et de Voigt, d'après laquelle la théorie du juste titre en matière d'usucapion viendrait de la Publicienne, et ajoute avec beaucoup de raison : « La Publicienne a dû réfléchir l'image de l'usucapion au lieu de lui servir de modèle. » Partant de là, nous nous expliquons difficilement qu'il attribue (p. 299) l'exigence de la bonne foi au moment de la vente, à une réaction de la Publicienne sur l'usucapion. Cette explication serait toute naturelle dans le système de Stintzing, mais, mieux on réussit à le réfuter et plus elle devient invraisemblable.

au moment de la tradition ; plus tard, il fallut, en outre, être de bonne foi au moment de la vente.

« Cette singularité, dit l'auteur cité, se rattache à la rédaction de l'Edit sur la Publicienne, que je considère comme accidentelle plutôt que réfléchie. Le préteur réglant les conditions de l'action publicienne, la donnait expressément à celui *qui bona fide emit* (L. 7, § 11, *De publ.*). Dès lors, comme cette action n'appartient qu'à la personne dépossédée qui était *in causa usucapiendi* [7], les jurisconsultes durent, pour satisfaire la lettre de l'Edit, exiger la bonne foi de l'acheteur au jour même du contrat, ce qui ne les empêcha pas de l'exiger aussi, et cela par application de la règle générale, au jour de la tradition. »

L'auteur ajoute que les jurisconsultes discutaient encore au premier siècle de notre ère sur le point de savoir si la bonne foi devait être exigée même au moment de la tradition (L. 10 pr., D., *De usurp.*, 41, 3).

« Une pareille discussion, ajoute-t-il, se comprend dans mon opinion : l'action publicienne était encore récente et l'on pouvait se demander si le préteur avait voulu, en matière d'usucapion *pro emptore*, ajouter une condition nouvelle aux conditions déjà exigées, ou, au contraire, remplacer simplement une de ces conditions par une autre. »

Ainsi la rédaction accidentelle de l'Edit aurait motivé l'exigence de la bonne foi au temps de la vente, et cette exigence nouvelle aurait passé ensuite de la Publicienne dans l'usucapion.

96. — L'autorité et la popularité bien méritée dont jouit en France l'ouvrage que nous venons de citer, nous

7. A nos yeux cette proposition n'est pas toujours exacte. Nous avons essayé de montrer au Chapitre VIII, que dans plusieurs cas la Publicienne compétait, malgré qu'on n'eût jamais eu la possession, et qu'on n'eût jamais été par conséquent *in via usucapiendi*.

imposent l'obligation de développer avec quelque détail les objections qui, à nos yeux, rendent ce système inadmissible.

Si, avant l'invention de la Publicienne, il suffisait en matière de vente, comme dans les autres contrats, d'être de bonne foi au moment de la tradition, il faut reconnaître tout d'abord que le préteur n'a pas pu avoir l'intention de substituer une condition à une autre et de se contenter de la bonne foi au jour du contrat.

En effet, le magistrat pose au juge la question de savoir si le demandeur eût usucapé : on ne lui fait grâce que du délai de possession ; par conséquent, si pour usucaper *pro emptore*, le droit civil, au temps de l'introduction de la Publicienne, exigeait la bonne foi au moment de la tradition, le juge aurait certainement débouté le demandeur qui eût été de mauvaise foi à cette époque. Aucune discussion n'a pu s'élever sur ce point entre les Prudents; le préteur ne peut modifier directement le droit civil. Pour changer l'époque où la bonne foi est exigée, il aurait fallu que le préteur ajoutât à la formule que nous connaissons une nouvelle fiction par laquelle le juge aurait été forcé de supposer que le demandeur était de bonne foi au jour de la tradition, alors même qu'en réalité il avait cessé de l'être! Donc, il est évident que le préteur n'a pas pu substituer dans la Publicienne la nécessité de la bonne foi au jour de la vente, à cette même nécessité au jour de la tradition [8]. S'il l'avait voulu, il aurait employé un moyen de procédure dont il ne reste aucune trace.

D'un autre côté, on ne voit pas du tout pourquoi, introduisant une nouvelle action basée sur l'usucapion et plus accessible que l'usucapion, puisque le délai n'est pas requis, le préteur aurait voulu se montrer

8. Nous verrons encore une autre raison, *infra*, n° 98.

plus exigeant que le droit civil. Y avait-il quelque raison claire et décisive d'exiger, en outre, la bonne foi au moment du contrat? Non sans doute, puisque les modernes n'ont pas encore pu se mettre d'accord sur le motif de cette règle.

97. — Au surplus, on le reconnaît, et l'on arrive à « considérer la rédaction de l'Edit publicien plutôt comme accidentelle que comme réfléchie. » Mais ceci est encore plus difficile à admettre que ce qui précède; supposons-le pourtant : Publicius a manqué de réflexion le jour où il a introduit la plus importante peut-être des innovations prétoriennes, c'est par accident qu'il a parlé de celui *qui bona fide emit*: comment se fait-il alors que son étourderie n'ait pas été réparée par l'un des trois cents préteurs urbains qui lui ont succédé jusqu'à Julien? On se serait aperçu tout de suite qu'il y avait là une regrettable dissonance entre les conditions de la Publicienne et celles de l'usucapion, on se serait hâté de corriger l'Edit.

Dans le système que nous examinons, on va plus loin encore, on admet que cette rédaction accidentelle, partant sans motifs, aurait été la source d'une modification très grave des principes du droit civil sur l'usucapion. Les jurisconsultes se seraient crus obligés de corriger le droit civil pour le mettre d'accord avec la regrettable rédaction de l'Edit. Cela aurait même été l'origine d'une vive controverse; à la vérité tout le monde aurait été d'accord pour adopter les règles de l'Edit, mais les uns auraient soutenu que le préteur se contentait de la bonne foi au jour de la vente [9], les autres, qu'outre cette condition il exigeait encore, suivant les règles ordinaires de l'usucapion, la bonne foi au jour de la tradition !

9. Nous venons de montrer que cela était matériellement impossible.

Le moment n'est pas encore venu de commenter le texte [10] sur lequel on pense pouvoir appuyer cette invraisemblable évolution du droit. Remarquons seulement que l'on n'est nullement d'accord dans la doctrine sur l'interprétation de cette fameuse loi 10, que l'on pourrait ajouter à la liste des *leges damnatæ*, *cruces jurisconsultorum*. Ajoutons qu'on fait dire au texte toute autre chose que le sens naturel de ses expressions. S'il y a quelque chose de clair dans ce fragment, c'est que Sabinus et Cassius prenaient en considération l'*initium traditionis*, et d'autres jurisconsultes un autre moment; mais, parmi les diverses interprétations du texte, celle qui en force le plus les expressions, c'est celle qui veut faire dire à Ulpien que Sabinus considérait *à la fois* le moment de la vente et celui de la tradition. D'ailleurs, on n'est pas même d'accord sur le point de savoir quelle est au juste la question résolue par Ulpien, par conséquent il n'est pas légitime de baser un système sur un texte sur lequel on ne s'accorde que pour en reconnaître l'obscurité.

98. — Outre les invraisemblances que nous avons signalées, le système que nous discutons se heurte encore à une nouvelle difficulté. Si Publicius, en exigeant la bonne foi au moment de la vente, avait ajouté une condition nouvelle à celles qui étaient requises pour l'usucapion, alors la formule que nous a transmise Gaius (IV, 36) n'a pas pu être celle de Publicius, car la bonne foi n'est pas mentionnée dans cette formule. Or, il n'y a aucune bonne raison de supposer que la formule de Gaius n'est pas la formule originaire de la Publicienne.

10. L. 10 pr., D., *De usurp.*, 41, 3 : Ulp., lib. 16 *ad Ed.* : « *Si aliena res bona fide empta sit, quæritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium, ut bonam fidem habeat, exigimus, an traditionis? Et obtinuit Sabini et Cassii sententia, traditionis initium spectantium.* — Voy. *infra*, note 27 et la fin de ce chapitre depuis la note 49.

Si, originairement, dans l'usucapion la bonne foi n'était requise qu'au jour de la tradition, armé de cette formule un acheteur eût obtenu gain de cause, s'il avait été de bonne foi au moment de la tradition seulement, car le juge eût reconnu qu'il remplissait les conditions de l'usucapion.

Concluons de tout cela qu'en écrivant les mots *qui bona fide emit*, le préteur ne faisait que se conformer aux règles déjà établies pour l'usucapion. — L'usucapion ne doit rien à la Publicienne; les jurisconsultes concluent de l'usucapion à la Publicienne (L. 7, § 2, § 17, D., *h. t.*). C'est tout naturel, puisque la Publicienne est fille de l'usucapion; jamais on ne les voit, à l'inverse, conclure de la Publicienne à l'usucapion.

La question se trouve alors non pas résolue, mais déplacée. Pourquoi, dès avant la Publicienne, exigeait-on en matière de vente, la bonne foi au moment du contrat?

De nombreuses explications ont été proposées [11], elles peuvent être ramenées à quatre groupes de systèmes que nous allons exposer dans leurs lignes principales [12].

11. Donneau, *Comm.*, V, ch. 17, nº 11. — Cujas, *Comm. ad tit. de usurp.*, *ad leg.* 10. — Pellat, *op. cit.*, p. 449 *in fine*; 482, 483, 520, 521. — Windscheid, t. I, § 177, note 1. — Scheurl, *Beitræge*, II, nº 15, p. 63, 64. — Stintzing, *Das Wesen von bona fides und titulus*, etc., p. 110-117, qui a abandonné son premier système pour adopter celui de Scheurl, voy. Stintzing, *Jahrb. f. Dogm.*, X, p. 195. — Bœcking, *Pand.*, II, § 147. — Schirmer, *Zeitschr. f. Civ. u. Pr.*, XV, p. 293-302. — Leist, *Mancipation und Eigenthums tradition*, p. 288 et s. — Fitting, *Arch. f. civ. Pr.*, 52, p. 1 et s., Anm. — Ubbelohde, *Ueber die usucapio pro mancipato* (1873), (Voy. la critique de Holder, dans *Kritische Vierteljahresschrift*, t. 16, p. 545). — Huschke, *op. cit.*, p. 62. — Bernhoft, *Der Besitztitel in rœmischen Rechte* (1875), p. 23, et *Beitrag zum Lehre vom Kaufe* (1875), p. 1 et s. — Peiron, *De la nature du juste titre en matière d'usucapion*; *De l'effet des jugements étrangers rendus en matière pénale*, Thèse de doctorat, Lyon, 1885, travail excellent, digne couronnement d'études dont le succès a littéralement épuisé les lauriers universitaires.

12. Nous laissons de côté le système d'Ubbelohde: cet auteur, désespérant d'expliquer rationnellement la particularité qui nous occupe, n'a trouvé rien de mieux que de la supprimer. La bonne foi ne serait exigée qu'au moment de la tradition; la loi 10, D., *De usurp.*, 41, 3 (voy. *supra*, note 10), prouverait que

99. — 1°. Selon Pellat, *loc. cit.*, cette particularité de la vente tient à ce que les lois sur l'usucapion (la loi des XII Tables et la loi Attinia), ainsi que l'Edit, mentionnaient le cas d'achat de bonne foi, « *si quis bona fide emit*, » tandis que, hors ce cas, elles parlaient en général de la tradition faite pour une juste cause, « *quod traditur ex justa causa.* »

Le savant auteur n'a malheureusement apporté aucune preuve, aucun indice à l'appui de sa conjecture; nous allons voir d'ailleurs dans un instant que la loi des XII Tables s'était, selon toute probabilité, bornée à fixer les délais de l'usucapion, à déterminer les cas où elle n'avait pas lieu, etc.

M. Peiron (*op. cit.*, p. 88, *in fine* et s.), a présenté ce système sous une forme un peu différente, il l'a développé, il a cherché à l'appuyer sur des arguments plausibles :

« Il nous paraît impossible, dit-il (p. 87), d'expliquer rationnellement les règles particulières au titre *pro emptore*. A notre avis, les singularités qu'il présente résultent de la rédaction des lois relatives à l'usucapion et de l'Edit sur la Publicienne, mais cette rédaction n'est pas accidentelle, elle n'est pas irréfléchie.

« Nous avons essayé de démontrer que le mot *Emere* désignait dans l'ancien droit romain, non pas le contrat de vente, mais (à la fois) le contrat et la tradition

cette opinion l'a emporté. Quant aux textes qui exigent la bonne foi au temps de la vente, leur décision serait le produit d'une malheureuse interpolation. Dans leur teneur primitive, ils auraient parlé de la bonne foi au moment de la *mancipation*, c'est-à-dire lors de l'acquisition. Les compilateurs ont maladroitement remplacé le mot *mancipatio* par celui de « *emptio*. » Mais les textes ne portent aucune trace d'interpolation: il est notamment impossible de ne pas admetre l'authenticité de la L. 7, §§ 16 et 17, D., *h. t.*; enfin les LL. 48, D., *De usurp.*, 41, 3 et 2 pr., D., *Pro emptore*, 41, 4, parlent du *tempus contractus* et opposent la vente aux *ceteris contractibus*, expressions qui n'ont pu s'appliquer à la mancipation. — Quant à la L. 10, D., *De usurp.*, 41, 3, elle ne décide certainement pas que la bonne foi au temps de la tradition suffirait, puisqu'Ulpien suppose expressément que l'achat a été contracté de bonne foi « *si aliena res bona fide empta sit.* »

qui en était la conséquence naturelle et nécessaire [13]. *Emere* signifiait acquérir à titre onéreux. L'*emptio*, dans l'ancien droit, constituait l'acquisition elle-même. Il fallait donc nécessairement se placer à cette époque de l'achat pour apprécier si les conditions requises par la loi étaient réunies. On dut poser les deux règles suivantes : 1° Nécessité de l'existence réelle de la vente;

13. C'est aux p. 39 et s. que M. Peiron développe cette idée. A l'origine, dit-il, les expressions *venditio*, *donatio* comprenaient non seulement la convention de vendre ou de donner, mais encore la tradition qui en était la réalisation et la conséquence naturelle. Le contrat de vente et la livraison de la chose vendue formaient les deux éléments d'une seule et même opération désignée par l'expression *vendere* (venum dare). *Vendere* signifiait transférer la propriété d'une chose moyennant un prix; *donare* (dono dare), transférer la propriété à titre gratuit. Dans un très grand nombre de textes, les mots *vendere* ou *donare* ont le sens que nous leur attribuons. Quelques textes établissent même que ce fut l'acception originale. Festus, au mot *emere*, le déclare expressément: *Emere*, *quod nunc est mercari, antiqui accipiebant pro sumere*, et suivant une autre leçon : *Antiqui dicebant pro accipere* (Bruns, *Fontes juris romani*, Edit. quart., p. 267. — Freund, *Dictionnaire de la langue latine*, v° Emere). Le même auteur dit au mot *redemptores*. « *Antiquitus emere pro accipere donabatur,* » et au mot *abemito* : « *Abemito significat demito vel auferto; emere enim antiqui dicebant pro accipere* (Bruns, p. 286 et 262). Un texte de Pomponius se réfère également au droit ancien et n'est pas moins affirmatif: L. 29, § 1, *in fine*, D., *De statulib.*, 40, 7: *Quoniam lex XII Tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur*. Le mot vente désigne donc toute aliénation à titre onéreux. A l'époque classique, le mot *emere* conserve son sens traditionnel dans un grand nombre de textes. L'auteur cite avec raison : G., IV, § 15 et II, § 50. — J., II, 1. § 35, et II, 6, § 3 *in f.*, § 4. — L. 11, §§ 5, 6, D., *Quando de peculio*, 15, 2. — L. 47, § 6, D. *De pecul.*, 15, 1. — L. 12. C., *De don. inter.*, 5, 16. — L. 6, C., *De furtis* 6, 2.

Nous faisons seulement des réserves sur la L. 7, § 14, D. *h. t.* : *Publiciana tempus emptionis continet, et ideo neque quod ante emptionem, neque quod postea dolo malo factum est in hac actione deduci Pomponio videtur*; par ce moment de l'achat, *tempus emptionis*, dit Pellat, il faut entendre le moment de l'achat *consommé par la tradition*? — Cette interprétation n'est nullement nécessaire pour concilier ce texte avec le § 17 qui le suit, et dans lequel Ulpien exige encore la bonne foi lors de la tradition. Il ne commence à s'occuper de la tradition qu'au § 16; jusque-là, il ne s'occupe que de la vente; il décide que la bonne foi n'est exigée qu'au moment de la vente, elle n'est requise ni avant ni après, c'est-à-dire dans le temps intermédiaire entre la vente et la tradition, mais il faudra qu'au jour de la tradition, l'acheteur soit redevenu de bonne foi, exemple :

Après avoir acheté d'un individu que je crois propriétaire, je découvre la vérité; sur mes réclamations, il me persuade, par un acte faux, qu'il a le consentement du propriétaire, et me fait ensuite tradition; ou bien encore l'acheteur de bonne foi qui a découvert la fraude meurt et la tradition est faite à son héritier qui l'ignore, etc.

2° Nécessité de la bonne foi de l'acheteur au moment de l'achat.

« Ces deux règles se justifiaient très bien. L'acheteur ne pouvait, sans une étourderie grossière, se tromper sur l'existence du mode d'acquérir qui devait l'investir de la propriété. »

« Il ne pouvait sans dol prendre possession de l'objet vendu, sachant qu'il appartenait à un tiers. »

« Plus tard l'expression *emere* perdit son sens primitif. Le contrat de vente cessa d'être confondu avec la tradition. On aurait dû logiquement exiger la bonne foi de l'acheteur au moment de la tradition et non pas au moment du contrat, mais les textes étaient formels. Les lois relatives à l'usucapion prévoyaient expressément l'hypothèse d'une vente, hypothèse fréquente entre toutes ; elles décidaient que celui-là pourrait usucaper qui aurait acheté de bonne foi : *Qui bona fide emit*. L'Édit sur la Publicienne mentionnait également le cas de l'achat de bonne foi (L. 7, § 11, D., *h. t.* : *ait Prætor : qui bona fide emit*) ; on les respecta. Il ne semble pas qu'un doute se soit élevé sur le point de savoir si la bonne foi était requise lors du *contrat*, on se demanda seulement s'il ne fallait pas exiger la bonne foi lors de la tradition. C'est la tradition qui consomme l'acquisition ; il faut que l'acheteur soit de bonne foi à cette époque, sinon il commet *sciemment* une usurpation. La loi 10, D., *De usurp.*, nous rappelle, en effet, qu'une controverse s'éleva à ce sujet entre les jurisconsultes romains. Les Sabiniens, qui soutenaient que la bonne foi était nécessaire au moment du contrat et au moment de la tradition, firent prévaloir leur opinion. »

100. — Tel est le raisonnement de M. Peiron ; nous avons tenu à le donner *in extenso* de crainte de l'affaiblir en l'abrégeant. Nous ne pouvons toutefois le

tenir pour fondé. D'abord M. Peiron, comme les auteurs cités à la note 6, fait dire à la loi 10, *De usurp.*, ce qu'elle ne dit point, et les critiques que nous avons adressées pour ce motif à leur système se représentent ici. Ulpien dit : *utrum emptionis initium..... an traditionis*, c'est une alternative : l'un ou l'autre ; on le traduit comme s'il y avait : *utrum emptionis initium duntaxat..... an etiam traditionis.* Si le texte fidèlement traduit est inintelligible, on pourrait en conclure qu'il est altéré, essayer de le restituer ; cela vaudrait mieux en tous cas que de le maintenir tel qu'il est et d'en donner une traduction inexacte.

Abordant maintenant le fond même du système, nous reconnaissons que le mot *emere* signifie souvent la vente suivie de tradition. Mais ce qu'on nous accordera, car cela est incontestable, c'est que dans les textes qui posent la règle de la bonne foi aux deux époques, le contrat désigné par les mots *emere*, *emptio*, est soigneusement distingué de la tradition.

Restent maintenant les deux idées qui servent de base au système : 1° Les anciens textes, la loi des XII Tables notamment, auraient établi l'usucapion au profit de celui *qui bona fide emit*, prenant ce mot *emptio* dans le sens d'acquisition à titre onéreux ; la bonne foi aurait donc été requise au moment de l'acquisition ; 2° Lorsqu'on eut distingué l'*emptio* de la tradition, on aurait dû n'exiger la bonne foi qu'au moment de la tradition, mais les textes étaient formels.

Deux mots suffiront sur ce dernier point : les jurisconsultes connaissaient parfaitement (les passages cités note 13 le prouvent) le sens ancien de *emere* (*accipere*). Donc, si la loi des XII Tables avait attribué le bénéfice de l'usucapion à celui *qui bona fide emit*, les jurisconsultes en auraient conclu que la bonne foi était exigée lors de la tradition. Ils auraient dit : « La

loi des XII Tables exigeait la bonne foi lors de l'*emptio*; or, *emere* signifiait alors *accipere*; donc, ce que la loi veut, c'est la bonne foi au moment où l'on reçoit la chose, au moment de la tradition. » Pourquoi leur prêter une interprétation aussi inintelligente que servile, alors surtout qu'en exigeant la bonne foi au temps du contrat elle aboutit à faire au titre *pro emptore* une situation si exorbitante du droit commun, si singulière, si peu rationnelle en apparence, que les modernes ne peuvent se mettre d'accord pour l'expliquer et que beaucoup y renoncent ?

Voilà pour le second point.

Quant au premier, il resterait à démontrer que les lois anciennes prévoyaient le cas de celui *qui bona fide emit*, autrement c'est supposer sans preuve, comme le dit fort bien M. Accarias (*loc. cit.*). M. Peiron a peut-être prouvé que cette rédaction eût été possible, qu'elle n'aurait été ni accidentelle, ni irréfléchie, mais nous cherchons en vain dans son argumentation un indice rendant au moins probable l'affirmation qui sert de base à son système[14].

101. — Tout au contraire, on démontre aisément qu'il est hautement invraisemblable, disons même impossible que la loi des XII Tables ait parlé de celui *qui bona fide emit*.

14. Nous ne pouvons considérer comme un indice sérieux, ce que dit Justinien au pr. du livre II, tit. 6 : « Jure civili *constitutum erat, ut qui* bona fide *ab eo qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione, aliave quavis justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis erat bienno tantum in italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent* ». Tout le monde sait en effet que c'est le droit coutumier formé par l'interprétation des Prudents, plutôt que l'ensemble des lois anciennes, qui porte le nom de *jus civile* (L. 2, § 5, *in fine*, D., *De origine juris*, I, 2). On insiste en disant que Théophile, dans sa paraphase, précise l'expression *bona fide* en citant expressément la loi des XII Tables. Mais, comme il est bien certain que cette loi n'a point parlé du *solum italicum* ni, expressément du moins, des choses mobilières, ni enfin très probablablement de donation, on ne peut tirer aucun argument sérieux de la citation de Théophile. Ce dernier faisait probablement allusion au délai que la loi fixait en effet; c'est tout ce que nous savons de ses dispositions.

En face d'une rédaction aussi nette, les vives controverses qui ont agité longtemps la jurisprudence romaine sur l'admissibilité du titre putatif en matière de vente enssent-elles été possibles ? Si les jurisconsultes avaient été liés par un texte en ce qui concerne la bonne foi au temps de la vente, ils auraient été enchaînés par ce même texte, et plus fortement encore, en ce qui touche la nécessité d'un achat réel (*emptio*).

D'un autre côté, la subsistance, même à l'époque classique, d'un certain nombre d'hypothèses où l'on peut usucaper sans titre ni bonne foi [15], serait inexplicable si la loi avait, statuant sur le cas le plus fréquent, accordé l'usucapion à l'acheteur de bonne foi. On eut étendu cette exigence si équitable de la bonne foi à tous les cas d'usucapion non prévus par la loi.

Et qu'on ne vienne pas dire que peut-être la loi ellemême permettait expressément dans ces cas exceptionnels d'usucaper sans bonne foi ; il nous paraît certain, en effet, que la loi des XII Tables ne parlait point, par exemple, de l'usucapio *pro herede*.

Quand Gaius, au § 52, traite de cette usucapion, il se sert de l'expression : « *Concessum est,* » ce qui indique plutôt une indulgence jurisprudentielle qu'un droit fondé sur la loi écrite : il ne manquerait pas d'ailleurs d'invoquer la loi des XII Tables, si c'était possible, lui qui la cite à chaque instant dans les §§ voisins (§§ 42, 45, 49, 54).

Si la loi avait parlé de cete usucapion, elle n'aurait

15. Usucapio *pro herede*, *fiduciæ causa*, *ex prædiatura*, acquisition de la *manus* par l'*usus*, abandon noxal reçu d'un possesseur que l'on sait n'être pas propriétaire de l'esclave abandonné. Voyez au surplus le très intéressant article de M. Esmein, p. 264-269, cité plus haut, note 6 ; sauf la divergence dont il est question dans cette note 6 et quelques autres qui seront signalées en leur lieu (voyez par exemple, note 22 et Chap. XI, note 1 *infra*), nous sommes en parfait accord avec notre savant collègue de Paris. Cette communauté de vues nous dispensera d'insister sur quelques points, en nous permettant de renvoyer à l'article cité; le lecteur sera loin d'y perdre.

pas manqué sans doute d'en déterminer le délai ; nous savons qu'elle ne l'avait pas fait, puisque la jurisprudence l'a fixé à une année, en faisant rentrer l'hérédité dans les *ceteræ res*, opposées aux *fundi*, et pour lesquelles la loi des XII Tables se contentait d'un an de possession.

Cette matière de l'usucapion *pro herede* est tout entière de formation jurisprudentielle, comme le prouvent encore les termes (*magis obtinuit*) dans lesquels la L. 2, C., *De usucap. pro herede*, 7, 29, proclame l'impossibilité de cette usucapion en présence d'un héritier nécessaire (Comp. G., II, § 58, éd. Studmund).

Enfin, si la loi en avait parlé, on n'aurait pas vu la jurisprudence admettre d'abord l'usucapion de l'hérédité elle-même, puis seulement celle des choses corporelles comprises dans l'hérédité (G., II, § 54).

Toutes ces discussions sur les conditions de l'usucapion, conditions qui varient pour ainsi dire dans chaque cas [16], ne peuvent s'expliquer qu'en présence d'un texte de loi très bref et très simple qui se bornait à fixer le délai de l'usucapion et à l'exclure dans certains cas [17]. A cette époque ancienne, l'usucapion des immeubles était aussi difficile que le fut de tout temps celle des meubles [18], parce qu'on admettait que les immeubles pouvaient être volés [19]. La prohibition d'usucaper les choses volées revenait à exiger presque toujours la

16. Ajoutons qu'il est aussi pour le moins très probable qu'avant Justinien, dans le titre *pro donato*, la bonne foi devait persister tout le temps de l'usucapion, L. 11, § 3, D., *h. t.* V. Pellat, p. 555, 556 et *infra* nº 182.

17. G., II, § 54. — Prohibition de l'usucapion des choses volées, G. II, § 49; des *res mancipi* de la femme en tutelle agnatique, G. II, § 47. — Enfin : *adversus hostem æterna auctoritas* (Cic., *De off.*, I, 12).

18. G., II, § 50. — J., II, 6. § 7.

19. L. 38, D., *De usurp.*, 41, 3. *Abolita est quorumdam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri*. Sabinus et la jurisprudence le décidaient encore au commencement de l'empire : Aulu-Gelle XI, 18. Même du temps d'Ulpien quelques jurisconsultes tenaient encore pour ce système : L. 25 pr. D. *De furtis*, 49, 2.

bonne foi au début de la possession, car celui qui, sans le consentement du propriétaire, prend possession d'une chose qu'il sait être à autrui, dans le dessein de se l'approprier, commet un vol; si l'usucapion *pro herede* s'accomplit malgré la mauvaise foi, c'est que précisément les choses comprises dans une succession vacante ne peuvent être l'objet d'un *furtum* [20]. De même dans le cas d'*usureceptio fiduciæ causa*, on a sans doute admis qu'il n'y avait pas vol à reprendre une chose qu'on avait mancipée à un ami dans le but de la lui laisser en dépôt [21].

102. — La théorie du juste titre et de la bonne foi s'est formée par la jurisprudence, et de la manière la plus naturelle. Lorsque le revendiquant avait prouvé qu'il était jadis propriétaire de la chose revendiquée, et que son adversaire invoquait l'usucapion, le juge devait bien prendre garde de statuer en faveur d'un voleur; il devait par conséquent exiger que le défendeur expliquât de quelle façon il avait acquis l'objet réclamé. Un refus d'explication sur ce point suffirait chez nous pour éclairer la conscience d'un jury, et des allégations vagues comme : « avoir acheté d'inconnus, etc., » sont des réponses dont se contentent rarement les juges d'instruction d'aujourd'hui. Tout cela n'a rien de spécial à une époque; il fallait donc bien, pour éviter d'être considéré comme voleur ou recéleur, que celui qui invoquait l'usucapion dans l'ancien droit ro-

20. L. 6, D., *Expilatæ hereditatis*, 47, 19 : « *Rei hereditariæ furtum non fit, sicut nec ejus quæ sine domino est.* » Comp. L. 68, D., *De furtis*, 47, 2. Voy. aussi Esmein, *loc. cit.*, p. 267, 268.

21. Ce n'est pas ici le lieu de développer ces idées. Nous espérons démontrer ultérieurement que si, dans certains cas, la bonne foi n'est pas requise, cela tient à ce que dans ces cas, quelle que soit la croyance du possesseur, l'idée de vol est inadmissible (*usucapio pro herede*, *usureceptio*, acquisition de la *manus* par l'*usus*, prise de possession autorisée par justice, réception d'un esclave abandonné *noxaliter* par un non-propriétaire). Dans les autres cas le vol est possible, donc il y aura à considérer les intentions du possesseur. Voyez *infra* Chapitre XV.

main, justifiât sa possession par un titre d'acquisition, il fallait qu'il montrât dans quelles circonstances il avait obtenu l'objet, il fallait aussi que ces circonstances fussent de nature, sinon à exclure chez lui toute intention coupable, du moins à imposer à l'adversaire la preuve de la volonté frauduleuse.

C'est ainsi, selon toute vraisemblance[22], qu'a dû se former une jurisprudence dont on comprend dès lors les tâtonnements, tâtonnements dont on retrouve encore la trace dans le droit classique, et qui seraient inexplicables si les textes anciens avaient dès l'origine imposé la nécessité du titre et de la bonne foi[23].

Stintzing est donc tout à fait dans le vrai lorsqu'il enseigne que les lois anciennes n'imposaient pas cette double condition ; là où il se trompe, au contraire, c'est

22. M. Esmein, *op. cit.*, p. 273, explique l'évolution jurisprudentielle d'une manière un peu différente. On aurait admis que si la prise de possession avait été clandestine, violente ou précaire, elle serait entachée d'un vice et ne pourrait conduire à l'usucapion. (Sans doute l'auteur place cette jurisprudence antérieurement à la loi Plautia (665) qui rendit absolument insusceptibles d'usucapion les *res vi possessæ*. Il n'explique pas d'ailleurs pourquoi la jurisprudence aurait ajouté une condition que la loi n'exigeait point). Puis, p. 286, l'auteur ajoute que pour déterminer si une prise de possession était clandestine, on se demanda peut-être tout d'abord si le propriétaire l'avait connue ou pu connaître, mais qu'abandonnant ce mauvais *criterium*, les jurisconsultes considérèrent la fraude comme un élément essentiel de la clandestinité, ce qui menait à exiger la bonne foi, et une bonne foi appuyée sur des motifs sérieux (juste titre.) — Nous aurions quelques objections à faire. Il nous parait d'abord certain que l'intention a *toujours* été un élément nécessaire de la clandestinité : L. 6 pr., D., *De adq. pos.*, 41, 2. En second lieu, nous ne croyons pas que l'exigence de la bonne foi découle de la théorie de la clandestinité ; une possession peut être publique quoique le possesseur soit de mauvaise foi. Pour nous, la nécessité de la bonne foi découle de l'imprescriptibilité des choses volées, et la clandestinité n'est qu'un indice certain de mauvaise foi. Rien à tirer d'ailleurs pour le droit ancien de la L. 4 pr., D. *Pro suo*, 41, 10, où Pomponius soutient qu'on ne peut posséder à la fois *clam* et *pro suo*, et que la possession cesse d'être utile lorsqu'elle *devient* clandestine, car il est contredit pour l'ancien droit par Trébatius, et pour le droit classique par Ulpien, L. 6, D. *De adq. possessione*, 41, 2 ; tout ce qu'on pourrait dire, c'est qu'une possession clandestine ne constitue pas l'*usus* exigé par la loi, pas plus qu'une détention précaire.

23. La jurisprudence a continué à exiger la bonne foi, même après qu'on n'admit plus le vol d'immeubles. Les retouches qu'elle fit à la doctrine ancienne furent d'ailleurs légères : elle se borna à exclure l'erreur de droit et à exiger, en général, un titre réel, pour ne pas donner une prime à l'ignorance, à l'imprudence, ou à la légèreté.

quand il attribue à l'influence de la Publicienne l'introduction du juste titre et de la bonne foi dans la théorie civile de l'usucapion [24]. Cette dernière institution, aussi vieille que Rome elle-même, devait être fixée au moins dans ses grandes lignes à la fin du VIe siècle, elle n'était pas, sans doute, restée stationnaire depuis la loi des XII Tables, alors que tout se développait autour d'elle. Cette évolution de l'usucapion, nous espérons avoir montré qu'elle était non seulement naturelle, mais encore forcée ; les doctrines classiques étaient en germe dans le droit des Décemvirs ; l'embryon n'a fait que développer au grand jour les organes qu'il contenait déjà à l'état rudimentaire. Ce n'est pas sur une plante à peine germée, c'est sur une forte tige que le préteur a pu greffer l'action publicienne qui repose sur l'usucapion, qui tire de lui sa sève, et lui fait produire de nouveaux fruits.

Cette erreur de Stintzing [25] est peut-être ce qui a mis M. Peiron en défiance, à tort selon nous, contre la première partie du système du jurisconsulte allemand. M. Peiron nous semble n'avoir adopté cette doctrine qu'après avoir vainement cherché une explication satisfaisante pour la raison, mais ce système, qu'on pourrait appeler celui du désespoir, n'est qu'une conjecture sans base sérieuse, démentie d'ailleurs par les indices les plus nombreux et les plus graves.

103. — 2° Voici maintenant le système de Huschke, auquel je rattacherai celui de Windscheid.

D'après Huschke, l'aliénation réside principalement dans le contrat de vente, la tradition n'en est que le complément. Le contrat et la tradition forment donc les deux éléments, l'un principal, l'autre complémentaire, d'une seule opération : *l'aliénation*. On comprend

24. Stintzing, *op. cit.*, p. 49 et s.
25. Voy. Esmein, *op. cit.*, p. 285 et *supra*, note 6.

dès lors qu'on ait exigé la bonne foi dès le début de cette opération, au moment où s'accomplit sa phase la plus importante, c'est-à-dire la vente.

Plus tard sans doute on distingua nettement le contrat de vente qui produit seulement des obligations, de l'acte translatif de propriété qui en sera l'exécution. Mais on n'en continua pas moins à voir dans le contrat lui-même un commencement d'*aliénation* pour le vendeur, d'*acquisition* pour l'acheteur, et c'est pourquoi on exigea que ce dernier fût de bonne foi lors du contrat.

Donc, en matière de vente, la bonne foi est exigée à deux moments, tandis que pour des acquisitions en vertu d'autres causes, la bonne foi n'est requise qu'au jour de la tradition.

Nous allons maintenant laisser la parole à l'auteur cité :

« La raison de cette différence, dit Huschke, p. 62, c'est que l'achat, comme le mot *emere* le montre (Voy. *supra,* note 13) et comme le prouve la mancipation, était originairement une acquisition de la chose pour de l'argent, et non, comme la stipulation et le legs *per damnationem*, la création d'une obligation de *dare* la chose ; elle n'a que plus tard acquis le caractère d'un contrat obligeant à *dare,* tout en conservant son caractère originaire d'acte d'acquisition, de sorte que les deux éléments de l'acte fondant l'acquisition juridique, l'élément subjectif du consentement sur la *justa causa,* c'est-à-dire la conclusion du contrat, et l'élément objectif, la tradition, ne sont séparés que par hasard, mais ces deux éléments se réunissent pour l'acquisition, et quoique la tradition paraisse l'accomplissement par le vendeur d'une obligation contractée lors de la vente, cependant la prise de la chose par l'acquéreur doit être considérée comme une *emptio* (Hus-

chke cite ici les nombreux textes où *emere* signifie la vente suivie de tradition). C'est encore prouvé par la qualification subjective qu'on donne au titre : *pro emptore*, et non pas *pro empto* (l'auteur veut dire qu'on usucape comme étant un acheteur au moment de la tradition qui fait ainsi partie de l'achat, et non pas comme *ayant acheté*). Dans l'achat lui-même réside l'acquisition principale quoique encore incomplète, et c'est pourquoi il doit être accompagné de la bonne foi [26]. »

104. — A l'appui de son système, Huschke invoque L. 10, D., *De usurp.*, 41, 3 (Voy. *supra*, texte et note 10); il en donne une interprétation ingénieuse, mais inexacte, que nous exposons en note pour ne pas interrompre trop longtemps le raisonnement [27].

26. « Liegt auch shon im Kauf selbst die principale, wenn auch nur inchoative Aneigung, die ja auch den Zwang zur Gestaltung der objectivem (des *habere licere*) mit sich führt, weszhalb sie auch schon mit *bona fides* verbunden sein muss. » — Huschke ne veut pas d'ailleurs que l'on confonde son système avec celui de Windscheid, d'après qui, dans la vente, on ne prend pas l'engagement de transférer la chose, mais la chose même est transférée (weil im Kauf nicht die Verpflichtung zur Abtretung der Sache ubernommen (?), sondern die sache selbst abgetreten wird). Huschke met un point d'interrogation après *ubernommen*, sans doute pour exprimer son étonnement; on sait, en effet, que dans bien des cas, la vente oblige le vendeur à transférer la propriété. Le même auteur ajoute qu'on pourrait aussi bien dire de la donation, de l'échange et de la *dotis datio*, ce que Windscheid dit de la vente. On souhaiterait un peu plus de clarté dans la manière dont Huschke expose son système.

27. Nous répétons le ragment pour la commodité du lecteur : « *Si aliena res bona fide empta sit, quæritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium, ut bonam fidem habeat, exigimus, an traditionis? Et obtinuit Sabini et Cassii sententia, traditionis initium spectantium.* » Si on lit ce texte sans prévention, dit Huschke, on voit que la question est de savoir (*quæritur*) si, quand un objet a été acheté de bonne foi, le point de départ de l'usucapion (*ut usucapio currat*) est la vente ou la tradition. *Ut bonam fidem habeat* signifie : *posito ut bonam fidem habeat;* la répétition de la mention de la bonne foi au temps de la vente s'expliquerait par le style bien connu d'Ulpien. C'est ainsi que les Basiliques ont interprété le texte (Bas., 50, 3, 9) : Εἰ ἀγνοῶν ἀλλότριον ἀγοράσω, τόν καιρὸν τῆς παραδόσεως πρὸς τῆς χρονίας νομῆς δεσποτείαν σκοποῦμεν. « Si j'achète de bonne foi la chose d'autrui, nous regardons le moment de la tradition en ce qui concerne la propriété (acquise par l'effet) de l'usucapion. » La controverse signalée par le texte semble aux yeux de Huschke confirmer son système. La vente étant un commencement d'aliénation, elle a pour effet de placer l'acheteur dans une situation qui *empiète* sur les droits du propriétaire, c'est pour cela qu'il doit être de bonne foi à ce moment; on pouvait facilement

En résumé, Huschke voit dans la vente elle-même à la fois une aliénation et une obligation ; la tradition et le contrat forment les deux éléments d'une seule et même opération. Nous ne contesterons point qu'il en fût ainsi dans la forme primitive et *civile* de la vente, la mancipation [28], mais ce qui est incontestable, c'est qu'à

être porté à en conclure que son usucapion commençait avec la vente. Certains jurisconsultes le soutenaient. Mais, sans nier que la vente fût un commencement d'aliénation, Cassius et Sabinus répondaient victorieusement par le principe : point d'usucapion sans possession, principe que nous voyons formulé plus tard par Licinius Rufinius (L. 25, D., *De usurp.*, 41, 3) et par Papinien (L. 45, § 1, *eod.*). — Cette interprétation pèche en ce qu'on est obligé de supposer qu'Ulpien se répète d'une façon ridicule : après avoir expressément supposé un achat fait de bonne foi, il ajouterait : faut-il regarder le moment de l'achat, *en supposant qu'il ait été fait de bonne foi?* En second lieu, Huschke traduit « *exigimus* » comme s'il y avait « *spectamus*, » ce que n'autorise pas, quoi qu'il en dise, la L. 1, § 2, D., *De superficiebus*, 43, 18. Le sens et la construction naturelle de notre L. 10 sont : *quæritur utrum exigimus ut initium emptionis bonam fidem habeat, an* (initium) *traditionis?* D'ailleurs, il est invraisemblable que des jurisconsultes romains aient soutenu que l'usucapion (usu *capio*, l'acquisition par l'*usus*, c'est-à dire par la possession) pouvait commencer avant la prise de possession ! Enfin, si par impossible les adversaires de Sabinus avaient émis cette idée, elle aurait eu pour conséquence forcée que la bonne foi n'aurait pas été exigée lors de la tradition, car, une fois l'usucapion commencée, la mauvaise foi ne nuit pas ; en sorte que le texte, même dans le système de Huschke, ne serait pas étranger, quoi qu'il en dise, à la question de savoir à quel moment la bonne foi était exigée. Nous reviendrons encore sur ce fragment *infra*, texte et note 49.

28. A propos de la règle que la propriété n'est acquise en cas de tradition qu'après le paiement du prix, M. Accarias (§ 230, p. 547, note 1) appelle « conjecture sans fondement » l'idée que la mancipation n'a pas toujours été une vente imaginaire. Cette idée est pourtant considérée comme certaine par un grand nombre d'auteurs : Pellat, p. 13. — Ortolan, § 419. — Maynz, § 183. — Karlowa, *Der rœmische Civilprozess zur Zeit der Legisactionem*, Berlin, 1872, p. 42. — Keller, *Instit.*, p. 33. — Bechmann, *Geschichte des Kaufs*, Erlangen, 1876, p. 68 et s. Il cite à l'appui : Kuntze, *Inst.*, II, p. 127 ; Bekker, *Actionen*, I, 31, etc. : Pernice, *Labeo*, I, p. 320, 324 ; Eck, *Verpflichtung des Verkaufers zur Gewahrung des Eigenthums*, p. 2. — Voyez encore dans le même sens : *La Mancipatio*, par Antonio Longo, professeur agrégé à l'Université de Modène, Firenze, 1887, p. 119 et s., p. 71 et s. — Voyez aussi dans Gimmerthal, *op. cit.*, l'analyse (d'ailleurs peu claire) des opinions en sens divers de Leist, *Mancipation*, p. 276. — Huschke, *Nexum*, p. 39, 49, 174. — Ihering, *Geist des r. R.* II, p. 569. — Gneist, *Formelle Vertræge*, p. 115, 125. — Mor. Voigt, *Condict.*, p. 121, 147. — Bahr, *Anerkennung*, etc., § 4. — Le savant professeur insiste (§ 222, p. 531, note 1, 3e édition). « Il serait, je pense, téméraire et faux, dit-il, d'admettre que ce qui est fiction à l'époque classique ait été réalité au début, et de croire, en conséquence, que la mancipation commença par être toujours une vente réelle et même une vente au comptant. Je ne vois ici qu'une de ces fictions, comme les aiment les législations primitives, comme les aima surtout la législation romaine, et je suis convaincu que de tout temps la mancipation put être employée pour l'exécu-

l'époque classique on distingue de la manière la plus nette le contrat et l'aliénation qui s'opère généralement par la tradition. La vente de la chose d'autrui est une vente : « *Rem alienam distrahere posse nemo dubitat, nam emptio est et venditio, sed res emptori auferri potest,* » dit Ulpien (L. 28, D., *De cont. empt.*, 18. 1).

tion de toutes conventions tendant à une translation de propriété, etc. » — Si l'auteur cité voulait dire seulement que la mancipation a toujours *pu* être une vente fictive, en ce sens qu'on était libre anciennement de manciper (vendre) pour le prix que l'on voulait, fût-il dérisoire, nous ne contesterions point. Qu'on nomme conjecture l'idée que la règle du § 41, J., II, 1, découle de la mancipation, c'est fort bien, car cette opinion ne repose que sur des indices discutables. Mais l'auteur semble aller beaucoup plus loin, il paraîtrait résulter de ses expressions que la mancipation n'a jamais été une vente sérieuse, que la législation, par amour de la forme pour la forme, de la fiction pour la fiction, aurait imposé aux citoyens qui voulaient transférer la propriété des choses *mancipi*, l'obligation de recourir à la cérémonie singulière de la pesée d'un lingot. Si telle était la pensée de l'auteur (et ce paraît bien être celle de Leist, *op. cit.*) elle aboutirait à nier ce qui est à nos yeux un des points les mieux établis de l'histoire du droit, ou pour mieux dire, l'évidence même. Car Gaius (II, § 122) nous dit expressément que la balance était nécessaire, ainsi que la pièce de bronze, parce qu'autrefois la monnaie était de bronze, et qu'au lieu de la compter on la pesait; d'où il résulte que toutes les fois qu'on vendait au comptant, il fallait faire intervenir le *libripens* et sa balance. — La loi des XII Tables parlant de la mancipation du fils de famille l'appelle une vente : *si pater filium ter venum duit*; et c'est, bien entendu, de ventes sérieuses qu'il s'agissait alors, puisque la loi les considérait comme un abus de la puissance paternelle. — Le mot de *commercium*, qui désigne le droit de figurer dans une mancipation, non seulement est défini par Ulpien : *jus emendi vendendique* (Ulp., XIX, § 4, § 5), mais encore implique par lui-même l'acte *commercial* par excellence, la vente. La mancipation entraînait l'obligation de garantie (Paul, *Sent.*, 11, 17. §§ 2 et 3.— Plaute, *Persa*, IV, 3, 59.— Voy. Girard, *Actio auctoritatis* et *Stipulations de garantie*, Nouvelle Revue historique, 1882 et 1883, *passim*). Les clauses de la vente sont appelées *leges mancipii* (Cic., *de oratore*, I, 39. — *De officiis*, 3, 16). On pourrait multiplier les preuves. — D'ailleurs, n'est-il pas évident que le Romain, venant au marché (*nundinæ*) acheter un cheval, n'allait pas perdre son temps, et faire perdre le leur au peseur et aux témoins, en payant d'abord son prix qu'il fallait peser à cette époque, puis en procédant ensuite à une cérémonie symbolique de la vente réelle qui venait de se produire; mais qu'au contraire, une fois d'accord avec son vendeur, il appelait ses voisins et le *libripens*, faisait peser son prix, se mettait en possession de la chose et prenait les assistants à témoin qu'il avait acheté et payé son prix, partant acquis la propriété? Tout cela n'est pas une conjecture sans fondement. La mancipation est devenue vente imaginaire par suite des altérations successives des monnaies de bronze, auxquelles on a attribué une valeur légale qui ne répondait plus à leur poids, et surtout lors de l'introduction de la monnaie d'argent. Voyez, sur la nature et la date de ces transformations, l'ouvrage récent de M. Bellot, notre éminent et à jamais regrettable collègue de la faculté des lettres, que nous avons cité plus haut Chap. II, note 7, et les autorités qu'il allègue. Voyez aussi l'ouvrage précité de Longo, p. 46 et s.

Ce système aboutit à considérer la vente de l'époque classique comme un assemblage monstrueux d'éléments, non seulement hétérogènes, mais encore contradictoires. Celui qui vend n'aliène nullement, ne s'oblige même pas à aliéner (L. 25, § 1, D., *eod.*). Les grands jurisconsultes, s'il fallait adopter la doctrine de Huschke, auraient eu sur la vente les idées les plus vagues, eux qui précisent si bien, qui analysent si finement ! Ils auraient, sans la moindre nécessité, transporté dans la vente consensuelle, simple contrat, les principes de la mancipation, acte translatif de propriété ; la vente serait une aliénation... sans l'être. C'est le système du chaos. Ne convient-il pas de protester contre le procédé trop souvent employé et qui consiste, quand on ne comprend pas les Prudents, à les accuser d'avoir tout confondu par routine historique, au lieu de nous en prendre, ce qui semblerait plus naturel, sinon à l'insuffisance de notre sagacité (ce serait peut-être trop demander) au moins à celle des renseignements que nous possédons ?

Windscheid se heurte aux mêmes objections. Il ne fait pas, à la vérité, de la vente quelque chose d'indéfinissable et de vague, comme Huschke, mais il arrive à faire disparaître complètement le contrat, à l'absorber dans l'aliénation, tellement qu'il n'en reste plus trace. Est-il, oui ou non, démontré par tous les textes classiques que le contrat de vente est distinct de l'aliénation de la chose ? Il est impossible de le contester ; dès lors comment peut-on dire que « dans la vente on ne prend pas l'engagement de transférer la chose, mais la chose même est transférée ? »

105. — 3° Les systèmes de Donneau, Cujas et Bernhoft (*loc. cit.*, *supra*, note 11) partent de l'idée que le fait d'acheter sciemment une chose qui n'est pas au vendeur, constitue un acte illicite : *salva fide scientes rem*

alienam emere non possumus, dit Cujas. — Donneau essaye d'appuyer cette idée sur une autre dont l'inexactitude saute aux yeux. Selon lui c'est l'acheteur qui prend l'initiative du contrat : « *venditionem facto suo maxime provocat, dum et ipse de re negotiatur, et ei pretium dicit.* » C'est prendre évidemment le contre-pied de la vérité pratique [29]. Si l'acheteur provoque la vente sachant que la chose n'appartient pas au vendeur, c'est, ajoute Donneau, qu'il a l'intention de s'approprier la chose d'autrui.

Bernhoft part de la même idée, mais il cherche à la justifier d'une manière plus spécieuse. La vente, pour lui comme pour Huschke et Windscheid, est un commencement d'aliénation, elle manifeste une prétention immédiate à la propriété. Il faut donc qu'au moment du contrat de vente l'acheteur soit de bonne foi, sinon il se propose un but illicite, il veut s'approprier la chose d'autrui; par suite il ne peut usucaper.

Tous ces systèmes pèchent en ce qu'ils prennent pour base une présomption de mauvaise foi que rien ne justifie. C'est la bonne foi qui se présume et, lorsque j'achète la chose d'autrui, on doit supposer jusqu'à preuve contraire que mon intention est d'obliger le vendeur à se procurer loyalement la chose, ou, ce qui revient au même, le consentement du propriétaire. S'il me vend la chose d'autrui, c'est sans doute qu'il est sûr de pouvoir se la procurer à meilleur compte, c'est alors un commissionnaire ; ou bien il croit pouvoir se porter *negotiorum gestor*, sachant que le propriétaire est disposé à vendre pour le prix que j'offre. Il peut se faire, il arrivera en effet le plus souvent, qu'on dési-

29. Pour les Romains, c'est si bien le vendeur qui prend l'initiative du contrat, que Sabinus, en cas d'échange qu'il assimilait à la vente, pour distinguer le rôle des deux parties, recherchait qui avait pris l'initiative (*Titio rem venalem habente*, G., III, § 141 *in fine*) et lui attribuait le rôle de vendeur.

gnera dans l'acte le nom du propriétaire, ce qu'on n'aurait pas le cynisme de faire si l'acheteur avait l'intention coupable d'acquérir seulement des chances d'usucapion. Dans de telles circonstances, le vendeur devra, sous peine de dommages-intérêts, me rendre propriétaire, car il doit tout ce qu'exige la bonne foi, et, *dans l'espèce*, elle le veut impérieusement [30].

106. — 4° Arrivons à l'ingénieux système de Stintzing. La vente, dit-il, n'oblige pas le vendeur à transférer la propriété [31], tandis que lorsqu'on stipule un objet, le promettant est tenu de le *dare*. Par conséquent, la vente n'est pas en elle-même un juste titre d'usucapion. Mais, en vertu du caractère de bonne foi du contrat, tout ce qui est conforme à l'intention des parties et à la nature des choses fait partie du contrat (comp. p. ex. : L. 31, § 20, D., *De ædilitio edicto*, 21, 1. — Cic., *De offi.*, III, 16, 17). Or, dans la vente on peut si bien présumer que, dans l'intention des parties, la propriété doit être transférée, qu'il y a dol à vendre sciemment la chose d'autrui : L. 30, § 1, D., *De act. empti*, 19, 1. — La vente à ce point de vue peut être un titre d'usucapion, mais à une condition,

30. Nous rattacherons au même ordre d'idées le système de Holder (*Vierteljahresschrift*, t. 16, p. 546, *in fine*). Selon lui, le juste titre pour usucaper est la justification de ma volonté d'être propriétaire, volonté qui doit avoir une base raisonnable et équitable. — Si j'achète d'une personne que je sais n'être pas propriétaire, j'achète sans garantie, en principe, L. 27, C., *De evict.*, 8, 45, par conséquent j'achète *moins cher*. Ici la base de ma volonté et de ma croyance d'être propriétaire, c'est l'équivalent que j'ai payé; cet équivalent étant moindre qu'il n'aurait été si j'avais cru le vendeur propriétaire, n'est pas une justification suffisante de ma volonté et de ma croyance. Pour réfuter ce système, il suffit de faire remarquer que l'on a droit à garantie dès qu'on a inséré dans la vente une clause expresse, ou ce qui revient au même, fait la *stipulatio duplæ* (Arg., L. 7, C., *Com. utriusque jud.*, 3, 38. — L. 4, § 5, D., *De doli mali except.*, 44, 4). J'aurai, dans ces cas, payé aussi cher que si j'avais cru acheter du propriétaire; pourtant je tomberai sous le coup de la règle qui m'interdit l'usucapion, car elle exige sans exceptions que l'acheteur ait cru le vendeur propriétaire au moment de la vente. Enfin ce système aboutit toujours à supposer à l'acheteur une intention déloyale que rien ne justifie.

31. L. 1, pr., § 3, D. *De rer. perm.*, 19, 4. — L. 11, § 2, D., *De act. empti*, 19, 1. — L. 25, D., *De cont. empt.* 18, 1.

c'est que cette interprétation de la volonté des parties soit possible en fait ; elle ne l'est pas lorsque l'acheteur a su que le vendeur n'était pas propriétaire, car alors il ne peut attendre de lui la translation de propriété [31 bis] ; le vendeur pouvait ne livrer que la paisible possession, l'acheteur n'a pas été autorisé à croire que son vendeur ait fait plus que ce que, strictement, il devait.

Ce système se heurte aussi à une objection très grave.

Il n'est pas exact de dire que le vendeur n'est jamais obligé de transférer la propriété lorsque l'acheteur savait lors de la vente que ce vendeur n'était pas propriétaire. Supposons, en effet, qu'il le devienne *avant la tradition* ; dans ce cas, nul ne le dispensera de transférer la propriété ; il y aurait dol de sa part à la retenir. Donc, l'acheteur est, en vertu de la vente, autorisé à compter que le vendeur lui transférera la propriété s'il est devenu propriétaire avant la tradition. Or, par hypothèse, l'acheteur est de bonne foi au moment de la tradition, il est donc bien autorisé à croire que la propriété va lui être transmise, et cela d'autant mieux que, en pratique, s'il croit le vendeur propriétaire, c'est que celui-ci lui aura affirmé l'être devenu. On ne voit donc pas pourquoi la vente ne serait pas un juste titre même dans ce cas.

En second lieu, ce système serait admissible si par bonne foi de l'acheteur on entendait seulement des intentions loyales. Mais les textes nous obligent à ne considérer comme acheteur de bonne foi que celui qui croyait le vendeur propriétaire, ou autorisé à aliéner, et cela tant au moment de la vente qu'à celui de la tradition. Par conséquent, la règle s'applique même à l'ache-

31 *bis*. Le vendeur n'est pas tenu de transférer la propriété quand l'acheteur savait que la chose appartenait à autrui. Arg. L. 30, § 1, D. *De act. empti*, 19, 1.

teur dépourvu de toute mauvaise intention; allons plus loin et disons : la règle s'appliquera presque exclusivement à celui-là ; en effet, si l'acheteur est animé d'une intention coupable au moment de la vente, on ne voit pas pourquoi il deviendrait de bonne foi au moment de la tradition, tandis que cela se comprend très bien de la part d'un acheteur qui a traité avec un non-propriétaire dans la pensée que ce dernier se procurerait loyalement la chose en s'adressant au *verus dominus*. S'il considère le vendeur comme un honnête homme, il croira naturellement que la convention a été exécutée dans le sens loyal dans lequel il l'entendait : en un mot il croira que le vendeur a acquis la chose depuis la vente.

Enfin, dans ce cas les parties ayant entendu que la propriété serait transférée, elle doit l'être [32], car l'intention des parties est la règle suprême qui régit les contrats de bonne foi ; si rien ne vient la révéler, alors, mais alors seulement, on se reporte aux principes ordinaires du contrat [33]. Si la propriété doit être transférée dans notre hypothèse (celle d'un acheteur loyal), la vente est pour lui un titre tout aussi juste que dans le cas où il a cru le vendeur propriétaire lors de la vente.

L'explication de Stintzing est donc inadmissible comme les autres.

107. — L'insuccès de tant de grands esprits est fait pour inspirer une salutaire prudence à ceux qui écrivent après eux. Aussi, il nous a paru sage de suivre

32. Paul, L. 5, § 1, D., *De præscript. verb.*, 19, 5 : « *Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est.* » Nous verrons tout à l'heure en quel sens cela avait fait difficulté au temps de Celse, voyez *infra*, note 46.

33. Ulpien, L. 11, § 1, D., *De actionibus empti*, 19, 1 : « *Et in primis sciendum est, in hoc judicio id demum deduci, quod præstari convenit ; cum enim sit bonæ fidei judicium, nihil magis bonæ fidei congruit quam id præstari quod inter contrahentes actum est : quod si nihil convenit, tunc ea præstabuntur quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate.*

une autre méthode, de ne pas essayer de résoudre la difficulté en partant d'un principe posé *à priori*, mais au contraire de rechercher si les Romains eux-mêmes ne nous auraient pas donné le motif de cette différence entre la vente et les autres contrats. Peut-être la raison, *qu'ils donnent en effet*, aura-t-elle besoin d'être elle-même motivée; peut-être faudra-t-il trouver la *ratio rationis*, mais, en procédant de la sorte, on aura du moins l'avantage de faire dans le chemin de la vérité une première étape avec sécurité, l'on ne sera pas exposé à s'égarer dès le point de départ.

108. — Dans la loi 2 pr., D., *Pro emptore*, 41, 4 [34], Paul pose une double règle :

1° Nécessité d'un achat réel ;

2° Nécessité de la bonne foi au temps de l'achat.

Dans les autres contrats, dans la stipulation, par exemple, il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu réellement un contrat, et d'autre part, s'il y en a eu un, il n'est pas nécessaire que le créancier ait cru, *au jour de ce contrat*, que la chose appartenait au promettant. La raison, dit-il, c'est que, dans les autres contrats, on ne considère que le jour de la tradition; dans la vente, au contraire, on considère aussi le temps du contrat.

Il semble que nous ne soyons guère avancés, car Paul ne nous dit pas pourquoi, dans la vente, on regarde le temps du contrat.

Mais Paul, dans un texte où il emploie à peu près les mêmes termes (L. 48, D., *De usurp.*, 41, 3), ajoute

34. « *Pro emptore possidet, qui revera emit, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emptionis. Si tamen existimans me debere tibi ignoranti tradam, usucapies; quare ergo et si putem me vendidisse et tradam, non capies usu? Scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus; sic denique si sciens stipuler rem alienam, usucapiam, si cum traditur mihi, existimem illius esse : at in emptione et illud tempus inspicitur quo contrahitur; igitur et bona fide emisse debet, et possessionem bona fide adeptus esse.* »

encore quelque chose, et ce quelque chose est précisément le motif cherché.

Paulus libro secundo manualium : Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse. Aliud si putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam : hic enim nisi emptio *præcedat, pro emptore usucapio locum non habet. Diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur, neque interest cum stipulor sciam alienum esse necne : sufficit enim me putare tuum esse cum tradis ; in emptione autem et contractus tempus inspicitur, et quo solvitur* [35] *: nec potest usucapere pro emptore qui non emit,* NEC PRO SOLUTO, *sicut in ceteris contractibus.*

Ainsi, un acheteur ne saurait usucaper *pro soluto*. Pourquoi ? Nous chercherons à l'expliquer tout à l'heure, mais pour le moment, il convient de rester sur le terrain absolument sûr d'un texte précis.

L'acheteur n'usucape jamais *pro soluto*, voilà la raison pour laquelle Paul, qui n'admet pas le titre putatif, exige un achat réel; et cela se comprend fort bien. Si l'acheteur avait pu usucaper *pro soluto* comme dans le cas de stipulation, il importerait peu que le contrat fût réel ou imaginaire, car ce n'est pas en vertu du contrat qu'il usucaperait, c'est en vertu du paiement qui, bien qu'indu, est réel. Il n'y a pas de titre *pro stipulatu*, et il n'y aurait pas non plus de titre *pro emptore* si l'acheteur pouvait, comme le stipulant, usucaper

35. *Solvitur* est ici synonyme de *traditur*. Dans la loi 2 pr., D., *Pro empt.* 41, 4, reproduite plus haut, note 34, Paul emploie toujours le mot *traditur*, *traditionis tempus ;* et dans notre texte, il dit aussi : *tradam, cum tradis*. S'il emploie, à propos de la vente, l'expression *: tempus... quo solvitur*, c'est uniquement pour éviter la répétition du verbe *tradere*, à moins de dix mots d'intervalle, ce n'est pas qu'il considère la tradition faite en vertu d'une vente comme un véritable paiement, puisqu'il ajoute immédiatement que l'acheteur ne peut usucaper *pro soluto*. — Au commencement du texte, ligne quatrième nous avons écrit emp*tio* avec Mommsen (*Digesta ad h. leg. ; sic.* Bas. *Schol. Anon.*, 50,3, 46). Les Florentines et la plupart des manuscrits portent ACTIO.

pro soluto. Mais il ne le peut pas, et dès lors toute espèce de titre lui manque, si la vente n'existe que dans son imagination : *Nec potest pro emptore usucapere qui non emit, nec pro soluto sicut in ceteris contractibus.*

Nous verrons au chapitre suivant que Paul repousse absolument le titre putatif; il n'est point d'ailleurs en contradiction avec lui-même quand il admet l'usucapion *pro soluto* lorsque la dette payée n'existait pas, car, dans ce cas, il y a un titre réel, le paiement, quoiqu'il soit un paiement *indu*. Paul ne se contredirait que s'il avait admis une usucapion *pro stipulatu*, et permis d'usucaper *à ce titre*, en vertu d'une stipulation imaginaire. Il faut bien se garder de ranger parmi les cas de titre putatif celui de l'usucapion *pro soluto* en cas de paiement indu. Le titre est réel; il ne serait putatif que si j'avais pris possession d'une chose, croyant à tort qu'elle m'a été payée. N'admettant point le titre putatif, Paul dit : « Pas d'achat, donc pas d'usucapion *pro emptore* ; il ne resterait que la ressource de l'usucapion *pro soluto*, mais cette usucapion-là, possible dans d'autres contrats, ne l'est pas en matière de vente. »

109. — Si l'acheteur n'usucape point *pro soluto*, mais seulement *pro emptore*, il doit être de bonne foi au temps de l'achat. La bonne foi doit être jointe au titre, *être contemporaine du titre*, car le titre le plus juste en lui-même, *in abstracto*, ou, pour parler comme les Allemands, *objectivement*, devient injuste *in concreto*, subjectivement, quand la personne chez qui se réalise le titre n'est pas de bonne foi. La bonne foi ne peut être séparée du titre qui la justifie [35 bis]. Le sti-

35 *bis*. On remarquera que, pour les Romains, ce qui justifie les prétentions de l'acheteur sur la chose, c'est la raison *économique*, l'achat, et non la raison *juridique*, la tradition. C'est ici le langage de la pratique. Pourquoi prétendez-vous à cette chose ? « Parce que je l'ai achetée », voilà la réponse instinctive de tout le monde, voilà le motif *économique*. Un jurisconsulte dirait : « parce qu'on m'en a fait une tradition motivée par une vente ». Au contraire si une

pulant n'a pas besoin de croire que la chose appartient au promettant au moment où il stipule, car ce n'est pas au titre *pro stipulatu* qu'il usucapera, c'est au titre *pro soluto*; son titre sera le paiement, et par conséquent c'est la bonne foi lors du paiement qui sera requise [36].

Jusqu'ici nous sommes restés dans le domaine du texte, par conséquent nous sommes autorisés à considérer comme très sûr le résultat auquel nous venons d'arriver. La difficulté commence, et les chances d'erreur se multiplient, au contraire, lorsqu'on se demande pourquoi l'acheteur n'usucape pas *pro soluto*? Paul, dans la L. 48, l'affirme, il ne l'explique pas. D'un autre côté, n'est-il pas constant que la vente est un contrat engendrant des obligations; parmi ces obligations ne trouvons-nous pas à la charge du vendeur celle de livrer la chose; l'exécution de cette obligation n'est-elle pas un paiement, et un paiement par transfert de propriété dans l'intention des parties, car d'une part l'acheteur à ce moment croit le vendeur propriétaire, et, d'autre part, à moins d'ériger l'intention coupable en présomption légale [37], il faut supposer que dans la pensée des parties, le vendeur devait se procurer la chose loyalement? Si la tradition est un paiement, pourquoi l'acheteur n'usucaperait-il pas *pro soluto*? Il semble impossible de sortir de là.

110. — Cette difficulté, en apparence insoluble, a

chose est due en vertu d'une stipulation, et qu'on vous demande pourquoi vous la possédez maintenant, vous répondrez naturellement : « parce qu'elle m'a été payée »; ici le langage ordinaire et celui des jurisconsultes sont d'accord.

36. Elle ne sera exigée qu'à ce moment, parce que cet instant est aussi celui où la possession commence; en matière de vente, au contraire, il faudra en outre que la bonne foi existe au jour de la tradition, parce qu'en matière d'usucapion, il faut toujours un *justum initium possessionis* (Paul, *Sent.*, V, 2, § 4); celui qui prend sciemment possession de la chose d'autrui dans le but de se l'approprier, ne peut usucaper.

37. Ce qui serait aussi faux en pratique qu'en théorie, comme nous avons tâché de le montrer plus haut en réfutant les systèmes de Donneau, Cujas, Bernhoft et Stintzing.

sans doute porté Windscheid à prendre un parti désespéré et à déclarer (*loc. cit.*), que « dans la vente, d'après l'intention des parties, il y a une aliénation immédiate, on ne prend pas l'engagement d'aliéner, la chose est aliénée. » Non seulement c'est trancher le nœud gordien et non le résoudre, mais encore c'est dire quelque chose de tout à fait inexact, car les jurisconsultes classiques distinguent nettement la vente de l'aliénation [38]. Le système de Huschke mérite au fond les mêmes reproches.

Ces auteurs ont raison, à coup sûr, de penser que la tradition en cas de vente n'est pas un paiement. Cela résulte bien clairement du texte de Paul, car si c'était un paiement, l'acheteur pourrait usucaper *pro soluto*, et il ne le peut pas, Paul l'affirme.

Mais alors comment peut-il se faire que cette tradition de la chose vendue ne constitue pas un paiement ?

Cela nous mènerait fatalement à dire que le vendeur n'est pas *obligé* à faire tradition, et pourtant, s'il ne l'a pas fait, l'acheteur intentera contre lui l'action *empti* et obtiendra une indemnité égale à la valeur de la prestation qui lui a été refusée !

111. — Pour éclaircir, si faire se peut, cette grave question, adressons-nous encore une fois à Paul lui-même qui sera, sans doute, le meilleur commentateur de sa propre pensée. Voyons comment il indique les prestations du vendeur et de l'acheteur :

L. 1, pr., D., *De rerum permut.*, 19, 4 : *Emptor, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito ; venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, purgari dolo malo.*

Ne semble-t-il pas éviter de dire que l'acheteur, que

38. Les preuves abondent ; citons seulement : L. 67, D., *De verb. sign.*, 50, 16 (Ulpien) : « *Alienatum non proprie dicitur quod adhuc in dominio venditoris manet, venditum tamen recte dicitur.* »

le vendeur, sont *obligés* ? De l'acheteur, il ne dit pas qu'il est tenu de transférer la propriété du prix, mais que, s'il ne le fait pas, il sera tenu. Du vendeur il ne dit pas qu'il est obligé de garantir, de livrer, et généralement de s'abstenir de tout dol ; mais bien qu'il lui suffit (pour éviter d'être tenu *ex empto*, c'est le sens manifeste de la phrase ; voyez les mots : *nisi emptor... tenetur*) de s'obliger à garantir, etc... Ainsi, voici comment il semble concevoir les choses : l'obligation naît, non pas précisément de la vente, mais de l'*inexécution* d'une des prestations convenues, expressément ou tacitement (clauses d'usage). A l'époque classique cela paraît bien subtil, mais, si nous nous plaçons au point de vue historique, on explique aisément cette façon de concevoir la vente, ou plus généralement les contrats consensuels.

Dans le domaine des obligations contractuelles, les contrats consensuels ont tout l'air de nouveaux venus, d'*intrus*, si l'on veut bien nous passer cette expression. Alors que le consentement, toujours nécessaire, n'est pas suffisant en général pour engendrer des obligations civiles, alors que les autres contrats tirent leur force obligatoire des paroles, de l'écriture, ou de la *res*, par une anomalie singulière il y a quatre conventions où l'obligation se forme par le seul consentement.

Sans rechercher à quelle époque les nécessités de la pratique ont imposé au droit romain cette dérogation à l'un de ses principes les plus fermement établis, ce qui nous entraînerait beaucoup trop loin [38 bis], nous trouvons dans la formule même la preuve que ces contrats sont en dehors du droit pur ; semblables à une végéta-

38 *bis*. Notons pourtant que, du temps de Varron, la vente se faisait encore très souvent par le moyen de stipulations réciproques dont il nous rapporte les antiques formules, *de re rustica* II, 2, § 5. De même pour la vente d'hérédité ; stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*, usitées même au temps de Gaius : Gaius II, § 252.

tion parasite, ils ont une vie propre, indépendante de l'organisme auquel ils sont attachés sans en faire partie.

La formule prescrit au juge de déterminer d'après l'équité (*ex bona fide*) les prestations à faire par le défendeur et de le condamner à une somme correspondante. Il n'est pas question de *droit*, mais d'équité [39]. Le juge de l'action de bonne foi statue à Rome comme le ferait chez nous un arbitre *amiable compositeur*, qui, on le sait, est autorisé à prononcer selon l'équité (C. pr., art. 1019). Seulement, en droit romain cet arbitrage est forcé; l'a-t-il été toujours, ou bien, d'abord volontaire, la coutume ou la loi en a-t-elle plus tard imposé l'obligation? Faut-il rattacher à cette idée l'introduction de l'action de la loi appelée *postulatio judicis : (Judicem arbitrumve postulo uti des)*[40]? C'est fort probable [41]. L'arbitre, *amiable compositeur*, est en tous cas imposé aux parties par le préteur lorsqu'il donne la formule d'une action de bonne foi. Dès lors on ne choquera nullement les idées romaines en disant: la convention de vente ne crée aucune obligation de droit..... seulement celui qui ne l'exécuterait pas loyalement serait condamné, car l'affaire sera soumise, non pas à un juge qui statuerait selon le droit et dirait qu'une simple convention ne crée pas d'obligation civile [42], mais à un arbitre amiable compositeur, qui dé-

39. Sénèque, *De benef.*, 3, 7 :.... *Non prout* LEX *aut* JUSTITIA *suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit.* Voy. aussi L. 7, § 3, D., *De curatore furioso*, 27, 10 : *solutio*, VENDITIO, *traditio*, FACTI *magis quam* JURIS *sunt.*

40. Valerius Probus.

41. Voyez Karlowa, *Rœmische Civilprozess*, etc., p. 142 et s. — Voyez Accarias, n° 743.

42. L'expression « *ex bona fide* » n'est donc pas insérée dans la formule dans le seul but d'élargir le pouvoir du juge, mais au contraire *de créer ce pouvoir*; sans elle il n'en aurait aucun. Si la formule avait dit seulement: *Quod Aus Aus No No... vendidit; quidquid ob eam rem dare oportet, tantam pecuniam condemna*, la question aurait été posée en droit pur, et, tout au moins à l'origine, au « *quidquid dare oportet* » le juge n'aurait pu répondre que: *Nihil*, car en droit civil pur une convention n'engendre pas d'action.

cidera selon la bonne foi ; or la bonne foi exige que, quand on a promis de vendre et d'acheter, on s'exécute loyalement [43].

La tradition faite par le vendeur n'est donc pas à prement parler un paiement [44], car on ne peut pas dire en droit civil que la simple convention oblige ; et, si l'acheteur paie, ce n'est pas précisément parce qu'il y est obligé en droit, c'est parce que, s'il ne le faisait pas, en fait il serait indubitablement condamné par l'arbitre : *nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito*. Bien entendu, cela aboutira dans la suite des temps à reconnaître une obligation civile ; mais ici, comme dans bien d'autres cas, c'est l'action qui a créé le droit : on n'a pas dit : j'ai un droit, donc je dois avoir une action, on a dit : j'ai une action, donc je dois avoir un droit. Mais primitivement, l'idée révélée par les expressions de la formule était bien celle-ci : j'exécute la convention, non pas parce que j'y suis obligé *en droit*, mais parce que, autrement, je serais condamné *en fait* [45].

Cette idée explique bien toutes les particularités de la vente, et notamment pourquoi le vendeur, s'il a

43. Ainsi s'explique l'expression *implere venditionem cogetur* de L. 46. D., *De act. empti*, 19, 1. Il faut *terminer* l'affaire convenue.

44. On remarquera que nous nous plaçons à une époque du droit romain où il n'est pas encore question d'obligation naturelle. Même à l'époque classique, on peut discuter la question de savoir si la convention engendre une obligation naturelle. Voy. Machelard, *Oblig. naturelles*, p. 28 et s.

45. C'est ainsi sans doute que le dépôt et le commodat, autres contrats de bonne foi, ont fini par engendrer des obligations civiles. Le commodat et le dépôt n'étaient pas garantis originairement par une action *in jus*. *En droit*, il n'y avait pas d'obligation; en fait le dépositaire et le commodataire devaient pourtant rendre la chose, autrement le préteur aurait délivré contre eux une action *in factum*. Voyez Gaius, IV, § 47. Dans le même ordre d'idées, nous pourrions observer chez nous des résultats analogues. Supposons un legs fait dans un testament olographe, signé, mais non daté par le testateur. Les circonstances démontrent d'ailleurs que le défaut de date est dû à un oubli involontaire. Le légataire et l'héritier compromettent sur la question de validité et nomment un arbitre *amiable compositeur*. La décision de cet arbitre, autorisé à statuer suivant l'équité, n'est pas douteuse. Il le fait comprendre à l'héritier qui acquitte le legs. En droit pourtant il ne le doit pas, mais en fait, s'il ne payait pas, c'est alors qu'il deviendrait débiteur, car l'arbitre le condamnerait.

vendu de bonne foi la chose d'autrui, n'est pas tenu d'en transférer la propriété. Le vendeur, *en droit pur*, n'étant tenu à rien, l'arbitre n'a qu'à examiner si tout s'est passé loyalement ; il en est ainsi dans le cas d'un vendeur de bonne foi ; tout ce qu'on peut lui demander, c'est la garantie d'éviction [46].

La manière dont Paul s'exprime au sujet de la ga-

46. Si, en droit romain, le vendeur n'est pas tenu, dans tous les cas, de transférer la propriété, ce n'est pas parce que les Romains ont voulu qu'il en fût ainsi; leur intention serait incompréhensible, car le bon sens dit qu'il n'y a rien de plus conforme à la nature de la vente, que l'acquisition de la propriété au profit de l'acheteur; mais *c'est qu'ils n'ont pas pu faire autrement*. Une convention, le simple consentement, ne peut pas, d'après les principes du vieux droit civil, créer *directement* une obligation de *dare*. On y arrivera quelquefois indirectement par la formule de l'action de bonne foi, qui entraîne la condamnation de tous ceux qui n'ont pas agi avec une loyauté parfaite : c'est le cas de celui qui a vendu de mauvaise foi la chose d'autrui; mais du vendeur de bonne foi on ne peut exiger que la garantie, on ne saurait le forcer à transférer la propriété car il a agi avec une parfaite bonne foi; on ne peut lui demander rien de plus. — L'acheteur lui, serait condamné s'il n'avait pas transféré la propriété du prix; la bonne foi l'exige, car que voulez-vous que le vendeur fasse de l'argent si on ne l'en rend pas propriétaire? L'acheteur, au contraire, tant qu'il n'est pas inquiété. tire de la chose livrée tous les avantages qu'il en tirerait si on lui en avait transféré la propriété.

Nous avons dit plus haut que les principes du droit civil ne permettaient pas de faire naître *directement* une obligation de *dare*, du simple consentement et par conséquent de la vente consensuelle. Celse, dans la L. 16, D. *De cond. causa data*, 12, 4, se pose la question suivante : *Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum; et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse, repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris, et rursus, si tuus est Stichus, et pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis quo minus a te pecuniam repetere possim.* Pourquoi le jurisconsulte ne voit-il pas une vente dans le fait, par le propriétaire d'un esclave, de recevoir de l'argent qui lui est donné *ut Stichum daret?* Parce qu'il n'est pas absolument certain que ce fait implique chez le propriétaire l'intention de vendre sa chose pour le prix offert ; peut-être se réserve-t-il le temps de la réflexion ; en attendant il encaisse, sauf à rendre. On décida plus tard qu'il y avait vente (*supra* note 32). *Quid* si le propriétaire consent et livre, y aura-t-il alors une vente ordinaire? Non, car la suite du texte prouve qu'il est obligé de transférer la propriété, ce à quoi le vendeur de bonne foi n'est pas tenu (L. 30, § 1, D. *De act. empti*, 19, 1) Ainsi Celse voit dans l'hypothèse qu'il présente quelque chose de plus qu'une vente parce qu'il y a obligation de transférer la propriété, tandis que, dans la vente, le vendeur n'est tenu de cette obligation que dans les cas où il y aurait dol de sa part à ne pas la transférer. Ce qu'il faudrait expliquer, c'est le pourquoi de cette règle singulière, qui paraît prendre le contre pied du bon sens. Pourquoi le vendeur n'est-il pas, en vertu de la vente même, et par conséquent *dans tous les cas*, tenu de transférer la propriété? C'est ce que nous avons essayé d'expliquer au texte.

rantie (*venditori sufficit ob evictionem se obligare*), prouve encore que telle fut bien l'idée originaire. Dira-t-on d'un débiteur qu'il est *obligé*... à s'obliger? Le vendeur ne doit rien, mais s'il refusait de s'engager à garantir, il ne se conduirait pas loyalement. L'existence des stipulations de garantie [47] semble même annoncer qu'à l'origine le vendeur qui n'avait point mancipé, ni promis de le faire, ne devait point garantie, pourvu qu'aucun acte de mauvaise foi ne pût lui être reproché.

112. — Telles sont les raisons historiques qui nous paraissent expliquer pourquoi l'acheteur n'usucape pas *pro soluto*, et pourquoi par conséquent il faut qu'il soit de bonne foi au moment de l'achat. Ces raisons sont au temps de Paul quelque chose de plus qu'un souvenir, car la formule dont elles résultent, la formule des actions de bonne foi, subsiste toujours; toutefois, elle va bientôt disparaître et le motif deviendra inintelligible.

D'ailleurs, la règle de la nécessité de la bonne foi au moment de la vente est extrêmement ancienne; *elle existait avant l'introduction de la Publicienne,* car c'est précisément pour se conformer aux principes de l'usucapion que le préteur ne donne pas cette action à tout acheteur, mais seulement à celui *qui bona fide emit* [48].

C'est donc dans ces temps fort anciens qu'on a, non sans raison alors, décidé qu'un acheteur ne saurait usucaper *pro soluto*, il pouvait par suite invoquer seulement le titre *pro emptore*, et la bonne foi, nécessairement contemporaine du titre, devait exister au moment de l'achat. La règle une fois établie fermement s'est conservée, et Paul la motive encore comme autre-

47. Voyez la savante étude de M. Girard dans la *Nouvelle Revue historique*, 1882 et 1883.

48. Voyez *supra*, Chapitre IV *in fine*.

fois, bien que de son temps le motif ne soit plus exact.

En effet, l'équité a obtenu droit de cité dans le vieux et rigoureux *jus civile*. L'action de bonne foi est enfin considérée comme une action *in jus* [49]. Dès cet instant la vente oblige par elle-même. De sa nature originaire elle a gardé un caractère très remarquable: le vendeur ne contracte l'obligation de transférer la propriété que si la bonne foi l'exige, par exemple s'il a scienment vendu la chose d'autrui à un acheteur qui le croyait propriétaire [50].

La bonne foi exige aussi qu'il y soit obligé lorsque les parties l'ont entendu, c'est ce qui arrivera presque infailliblement lorsque l'acheteur qui a sciemment acheté la chose d'autrui, croit, au moment de la tradition, que le vendeur est devenu propriétaire. Il est à présumer dans ce cas que, dans l'intention des parties, le vendeur devait se procurer loyalement la chose; dans l'espèce il a dû persuader à l'acheteur qu'il avait en effet acquis l'objet, sans quoi la bonne foi de l'acheteur au temps de la tradition ne s'expliquerait pas. Si donc, dans ce cas, le vendeur est tenu de transférer la propriété, la tradition qu'il fait est un paiement, et l'acheteur devrait pouvoir usucaper *pro soluto*.

Mais on avait jadis décidé que cette usucapion *pro soluto* n'était pas possible en cas de vente, parce que la vente consensuelle, convention sans effet d'après le vieux droit civil, ne pouvait pas, *en soi*, engendrer d'obligations, ni par conséquent donner lieu à un paie-

49. Au fond l'action de bonne foi ne diffère guère de l'action de dol qui est une action *in factum*. La nuance consiste seulement en ce que la victime du dol soutient que son adversaire lui *a causé* un préjudice par des *actes*, des faits actifs contraires à la bonne foi, tandis que dans l'action de bonne foi, le demandeur soutient que son adversaire lui *causerait* un préjudice s'il *omettait* d'accomplir certains actes commandés par la bonne foi.

50. L. 30, §1, D. *De actionibus empti*, 19, 1.

ment. Aussi Paul, pour expliquer la necessité de la bonne foi au temps de la vente, se borne-t-il à invoquer la vieille règle qui excluait ici l'usucapion *pro soluto*. Il aurait été sans doute bien embarrassé de motiver, pour le temps où il vivait, cette vieille règle dont la cause avait disparu. Aussi se borne-t-il à la poser comme un dogme traditionnel : « l'acheteur ne saurait usucaper *pro soluto* comme on le peut dans les autres contrats. »

113. — Dirons-nous maintenant un mot d'un texte que nous avons déjà rencontré deux fois [51], la L. 10 pr., D., *De usurp.*, 41, 3 ? Il importe de l'avoir sous les yeux :

Si aliena res bona fide empta sit, quæritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium, ut bonam fidem habeat, exigimus, an traditionis ? Et obtinuit Sabini et Cassii sententia, traditionis initium spectantium.

Traduisons-le fidèlement et littéralement.

« Si la chose d'autrui a été achetée de bonne foi, on demande, pour que l'usucapion coure, si nous exigeons que le moment initial de l'achat, ou celui de la tradition, ait la bonne foi ? Et l'opinion de Sabinus et de Cassius, qui regardaient le moment initial de la tradition, l'a emporté. »

Nous avons déjà réfuté l'opinion de ceux qui, par une traduction inexacte, lisent comme s'il y avait *etiam traditionis*, sans tenir compte de l'alternative très nettement indiquée ; nous avons aussi repoussé l'opinion de Huschke [52] ; aucun jurisconsulte n'a pu soutenir que l'*usucapio* commençait avant l'*usus*, c'est-à-dire avant la possession, avant la tradition.

Nous restons donc en face d'un texte inconciliable, non seulement avec les autres, mais avec lui-même,

51. Voy. plus haut, nº 98 et note 10 ; nº 104, note 27.
52. Voyez *supra*, note 27.

puisqu'après avoir supposé un achat *de bonne foi*, Ulpien se demanderait s'il est nécessaire que la bonne foi existe au temps de l'achat ! La conclusion s'impose : le texte est altéré.

Où commence maintenant le domaine de la conjecture, c'est quand on se demande en quoi et pourquoi il est altéré ? On ne peut ici espérer qu'une probabilité, non une certitude ; par conséquent nous ne donnons l'essai de restitution qui va suivre que comme étant, du moins à nos yeux, assez plausible. La méthode à suivre est bien connue : de toutes les corrections il faut préférer la moindre ; il faut qu'une fois cette correction faite, la solution du texte devienne vraisemblable.

Si l'on pouvait en changeant seulement deux lettres d'un mot, moins encore, en changeant une lettre et en transposant l'autre, arriver à un sens intelligible, il est évident que la première condition, le *minimum* de correction, serait réalisée.

Or, si nous changeons en *c* l'*e* d'*emptionis*, et si nous transposons l'*m*, nous aurons : *mcptionis*, ce qui, avec les abréviations habituelles des manuscrits, se lirait naturellement *mancipationis*. Rien de plus aisé à comprendre que l'erreur d'un copiste des œuvres d'Ulpien, qui aura lu *emptionis*, au lieu de *mcptionis*, d'autant plus qu'il devait avoir encore dans l'esprit le mot *empta* qu'il venait d'écrire à la ligne précédente.

On pourrait aussi supposer que les compilateurs du Digeste, rencontrant le mot *mancipationis*, et ne pouvant le remplacer ici, comme ils le font habituellement, par le mot *traditionis*, ce qui aurait produit un non sens évident (cela aurait fait : *utrum* TRADITIONIS *initium spectamus*, *an* TRADITIONIS), l'auront remplacé par le mot de *emptionis*, ce qui n'aboutissait pas à un résultat aussi manifestement choquant, puisqu'en dé-

finitive la mancipation est une *emptio*, imaginaire sans doute, mais enfin une *emptio*. *Dans leur pensée*, le fragment ainsi transcrit confirmait la double nécessité de la bonne foi aux deux moments, puisqu'au début Ulpien suppose l'achat fait de bonne foi, et qu'à la fin il exige la bonne foi au moment de la tradition.

On peut choisir entre les deux conjectures, elles nous paraissent plausibles toutes les deux, et il nous semble probable qu'Ulpien avait écrit *mancipationis* et non pas *emptionis* [52 bis].

En effet, relisons le texte : Ulpien suppose une chose achetée de bonne foi : « *si res aliena bona fide empta sit*; » par conséquent il ne peut plus être question, dans la suite du texte, de se demander si la bonne foi doit exister au temps de l'achat ; *c'est l'hypothèse même*. Donc il s'agit d'un autre moment. — Est-ce celui de la tradition ? Oui dans la doctrine de Sabinus ; mais quel est ce moment dans la théorie de ses adversaires, (sans doute les Proculiens) ? Si ce n'est ni le moment de l'achat, ni celui de la tradition, à quel autre moment peut-on bien être tenté d'exiger la bonne foi ? La réponse s'impose : on ne peut songer qu'au moment où l'acheteur serait devenu propriétaire si son vendeur l'avait été, il faut, selon les adversaires de Sabinus, que l'acheteur soit de bonne foi au moment où s'accomplit à son profit l'acte translatif de propriété, la *mancipation* par conséquent lorsqu'il s'agit de choses *mancipi* [53]. Pourquoi en effet

52 *bis*. Dans les deux hypothèses, on supposerait d'ailleurs qu'Ulpien parlait d'une *res mancipi*, ce mot « *mancipi* » aura naturellement été supprimé par les compilateurs. Le texte aurait été originairement ainsi conçu : *Si res mancipi* (à la place de *aliena*) *bona fide empta sit, quæritur utrum* MANCIPATIONIS *initium spectamus, ut bonam fidem habeat, an traditionis?*

53. G. IV, § 131 *in fine*, nous montre les trois actes (vente, mancipation, tradition de la *vacua possessio*) séparés par des intervalles de temps. On sait que les immeubles peuvent être mancipés loin de leur situation. Même pour les meubles on conçoit que la tradition puisse être distincte de la mancipation ;

exige-t-on que l'acheteur soit de bonne foi, disaient sans doute les adversaires de Sabinus ; pourquoi veut-on qu'il croie son vendeur propriétaire? Pour qu'il en tire la conviction de devenir propriétaire lui-même ; donc cette bonne foi nous devons l'exiger au jour de l'acte translatif de propriété et, lorsqu'il s'agit d'une *res mancipi*, cet acte, c'est la mancipation ! On voit que leur système pouvait se soutenir par des arguments plausibles. L'usucapion ne commencera d'ailleurs qu'au jour de la tradition, car point d'usucapion sans possession, mais il importera peu que l'acheteur soit alors de mauvaise foi, s'il était de bonne foi lors de la mancipation,c. a. d. lors de l'acte translatif de propriété quiritaire, et si cette mancipation a précédé la tradition. Tel était, ce nous semble, le système des Proculiens.

Les Sabiniens, eux, répondaient sans doute que si l'acheteur n'était pas de bonne foi au moment de la tradition, il prenait possession sciemment de la chose d'autrui, ce qui le rendait indigne d'usucaper[54]. Qu'importe qu'il ait cru auparavant être devenu propriétaire? Un légataire *per vindicationem*, qui a cru pendant quelque temps que le défunt était propriétaire, et qui par conséquent a dû se croire propriétaire lui-même depuis l'adition d'hérédité, usucaperait-il, si, au moment où il prend possession du legs, il avait la certitude que l'objet n'était pas au testateur[55] ? La bonne foi doit exister au début de l'usucapion[56].

après avoir mancipé, le vendeur peut encore garder quelque temps la chose s'il est convenu qu'elle ne sera livrée que plus tard.

54. Si même ce n'était pas un vol (pour les choses mobilières), ce que nous serions tenté de croire.

55. Voy. Esmein, *op. cit.*, p. 298 *in fine*, 299.

56. D'ailleurs la mauvaise foi lors de la mancipation, que nous supposons avoir précédé la tradition, ne nuirait pas, si l'acheteur était redevenu de bonne foi lors de la tradition : c'est ce que nous dit Ulpien de la Publicienne, L. 7, § 14, D., *h. t.* : *Publiciana tempus emptionis continet, et ideo neque quod ante emptionem, neque quod postea dolo malo factum est, in hac actione deduci Pomponio videtur*. Voy. *supra*, note 13 *in fine*.

Et si la mancipation est postérieure à la tradition, qu'importe que lors de cette mancipation la bonne foi ait cessé ? L'usucapion a déjà commencé, et *mala fides superveniens non interrumpit usucapionem.*

Sabinus avait raison, mais l'opinion de ses adversaires était soutenable.

Donc, en lisant le texte comme nous l'avons fait, on obtient un sens vraisemblable, au prix d'une correction insignifiante, que la suite des idées amène assez naturellement. N'oublions pas d'ailleurs que l'impossibilité de donner au texte tel qu'il est une interprétation à la fois fidèle et raisonnable rend nécessaire une correction, et que celle-là est la moindre de toutes celles que l'on peut proposer.

114. — La bonne foi peut être exigée à une autre époque, dans le cas où l'acquéreur, après avoir perdu la possession, la récupère. Son usucapion, ayant été interrompue, doit être recommencée ; il faut de nouveau un *justum initium possessionis*, il faut la bonne foi [57] ; mais à quel titre possédera-t-il alors ? Cette question, qui n'est pas sans intérêt, trouvera sa place lorsque nous parlerons des *justæ causæ* autres que la vente. Voyez Chap. XV, Section 14, n°s 204 et s.

57. L. 15, § 2, D., *De usurp.*, 41, 3 (Paul) : *Si quis bona fide possidens, ante usucapionem amissa possessione, cognoverit esse rem alienam, et iterum nanciscatur possessionem, non capiet usu, quia initium secundæ possessionis vitiosum est.* — Voy. aussi L. 7, § 4, D., *Pro empt.*, 41, 4.

CHAPITRE XI.

De l'achat putatif.

115. La nécessité d'un achat réel ne découle pas de la règle qui exige la bonne foi au temps de la vente. — 116. L'achat réel est exigé par les jurisconsultes qui proscrivent en général le titre putatif. Vicissitudes des doctrines romaines sur ce point. Rejet en principe du titre putatif en matière d'usucapion pour ne pas donner de prime à l'ignorance ou à l'imprudence — 117. Exceptions : vente faite par un pupille cru pubère ; par un fou cru sain d'esprit : Paul admet l'usucapion, mais refuse la Publicienne : L. 2, § 16, D. *Pro empt.* 41, 4. — 118. Il s'appuie sur la lettre de l'édit. — Ulpien au contraire, invoquant l'esprit de l'édit, accorde la Publicienne ; L. 7, § 2, D. *h. t.* — 119. Dans les deux textes il s'agit de refuser ou de donner la Publicienne *contre les* tiers; contre le fou la Publicienne de l'acheteur ne réussirait jamais. Réfutation des tentatives de conciliation entre ces deux textes.

115. — Nous restons fidèle à la méthode historique en restreignant provisoirement notre étude au cas de l'achat putatif, au lieu de traiter du titre putatif en général. Ainsi nous ne nous exposerons pas à généraliser là où les Romains ne l'ont pas fait, probablement parce qu'ils auraient sacrifié l'avantage d'une législation pratique qui tient compte des nuances du fait, à l'intérêt purement théorique, purement dogmatique, de la simplicité et de la régularité du système. La ligne droite est le plus court chemin sans doute; est-ce toujours le meilleur?

Plaçons-nous tout d'abord en matière d'usucapion.

Nous venons de voir au Chapitre précédent que l'acheteur ne pouvait usucaper *pro soluto*, nous avons essayé d'en donner les raisons. Le seul titre qui reste à l'acheteur, c'est le titre *pro emptore*, et alors s'élève la question de savoir si l'on peut usucaper en vertu d'un achat imaginaire ?

Il ne faudrait pas croire que la question soit résolue dès qu'on a admis la nécessité de la bonne foi au temps de la vente. On serait, il est vrai, tenté de dire : du moment que la bonne foi est exigée au temps de la vente, il faut nécessairement qu'il y ait eu vente, et par cela même la croyance en une vente imaginaire ne suffit pas [1].

Ce raisonnement, examiné de près, ne satisfait point. D'abord il laisse de côté tous les cas où il y a eu vente nulle, inexistante si l'on veut, mais enfin où l'on trouve au moins un *fait de vente* : vente par un pupille, par un fou. Dans tous ces cas on peut préciser le moment où la bonne foi sera requise.

De même, lorsqu'on a chargé un esclave ou un mandataire d'acheter un objet, s'il vient nous rapporter la chose en affirmant avoir exécuté l'ordre donné, on comprend très bien que la bonne foi ait existé au moment d'une vente imaginaire. C'est précisément dans ces cas d'erreur excusable, et dans ces cas seulement, que des jurisconsultes admettaient le titre putatif [2]. Cependant ces jurisconsultes exigeaient comme les autres la bonne foi au temps de la vente ; la règle, nous l'avons vu, est ancienne (*supra*, texte et note 25) : rien [3] ne nous permet de croire qu'aucun jurisconsulte l'ait contestée.

1. Esmein, *op. cit.*, p. 297.
2. L. 11, D., *Pro empt.*. 41, 4, Africain. — L. 5, § 1, D., *Pro suo*, 41, 10, Nératius.
3. Pas même la l. 10, D., *De usurp.*, 41, 3, qui suppose expressément un achat fait de bonne foi.

Donc la raison donnée n'est point satisfaisante : le seul rapport entre les deux règles (bonne foi au temps de la vente et nécessité d'une vente réelle), c'est que toutes les deux se relient au principe que l'acheteur n'usucape pas *pro soluto*.

D'une part, ce principe explique la première règle (voy. le chapitre précédent); — d'autre part, si ce principe n'existait point, la question de savoir si une vente réelle est nécessaire ne se poserait même pas, l'acheteur usucaperait *pro soluto*, en cas de vente imaginaire, comme le créancier imaginaire usucape *pro soluto* la chose qui lui est payée indûment.

A part ce rapport commun, les deux règles sont indépendantes l'une de l'autre, et par conséquent la nécessité d'une vente réelle demande une explication particulière.

116. — Cette explication est des plus simples : ainsi dégagée, la question en matière de vente ne présente aucune particularité, elle rentre dans la grande controverse entre les jurisconsultes romains sur l'admissibilité du titre putatif; cette longue controverse est, nous l'avons déjà dit, la meilleure preuve de la formation purement jurisprudentielle de la théorie du juste titre et de la bonne foi. La lutte présente des alternatives de succès et de revers pour le titre putatif.

Nératius, probablement sous Trajan, l'admettait en cas d'erreur excusable [4]. Plus tard, probablement sous Hadrien, Celse le fils se prononce catégoriquement contre le titre putatif, et qualifie d'erreur l'opinion contraire [5]. Cette décision semble être devenue la doctrine courante et traditionnelle [6] ; une réaction se produit

4. L. 5, § 1, D., *Pro suo*, 41, 10.
5. L. 27, D., *De usurp.*, 41, 3,
6. L. 11, D., *Pro emp.*, 41, 4 : *Quod vulgo traditum est, eum qui existimat se emisse, nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse*

pourtant, probablement sous Antonin le Pieux, et Africain revient purement et simplement à la doctrine de Nératius [7].

Toutes ces discussions se comprennent. La jurisprudence ayant exigé la bonne foi, devait aussi demander que cette bonne foi s'appuyât sur des motifs sérieux, autrement on aurait donné une prime à l'imprudence et à l'ineptie. La question de savoir quand il y a des motifs sérieux ouvre à la controverse une large carrière.

Enfin Paul [8] adopte en principe l'opinion de Celse, il exclut le titre putatif, et sa décision doit d'autant plus être regardée comme la solution définitive de la législation romaine, que le dernier état du droit est très hostile au titre putatif [9].

117. — Cependant, Paul lui-même admet deux exceptions. On usucape en premier lieu lorsque l'on a acheté d'un pupille que l'on croyait pubère [10]. Ici, si la vente n'est pas valable, elle n'est pas non plus radicalement nulle [11], il y a tout au moins une *convention*. Le pupille, qui a vendu la chose d'autrui, est intéressé tout le premier à ce que l'acheteur usucape ; s'il veut confirmer la vente, il n'aura pas à craindre d'action en garantie pour éviction.

La question est plus délicate lorsque la vente a été faite par un fou. L'acte est ici juridiquement inexistant ; il n'y a même pas de convention, puisqu'il n'y a pas

ait, si nullam justam causam ejus erroris emptor habeat; *nam si forte servus vel procurator cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse, atque ita tradiderit, magis esse ut usucapio sequatur* (Africain).

7. Même texte.

8. L. 48. D., *De usurp.*, 41, 3.— L. 2, pr., D., *Pro empt.*, 41, 4, textes reproduits plus haut p. 189, note 34 et page 190, texte. — L. 2, §§ 15, 16, *eod.*

9. J. II, 6, § 11 : *Error autem falsæ causæ usucapionem non parit, veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans, possideat.*

10. L. 2, § 15, D., *Pro empt.*, 41, 4. — Ajoutez pour le mineur, L. 7, § 4, D., *h. t.*

11. Voy. Accarias, § 156 sur le sort de la vente faite par un pupille non autorisé.

accord de deux volontés. Cependant Paul, dans la L. 13, § 1, D., *De usurp.*, 41, 3, constate qu'on admettait l'usucapion ; dans la L. 2, § 16, D., *Pro empt.*, 41, 4, il donne la même solution, il la motive par des raisons d'utilité pratique, et refuse pourtant la Publicienne à l'acheteur :

« *Si a furioso, quem putem sanæ mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio, et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec publiciana competit, nec accessio possessionis.* »

On conçoit aisément la raison d'utilité pratique invoquée par Paul. Admettre le propriétaire de la chose vendue par le fou à revendiquer contre l'acheteur après le délai de l'usucapion, peut-être vingt ans plus tard, sous prétexte que la vente faite par le fou étant nulle, l'acheteur n'a pu usucaper, ce serait contraire à une évidente équité. Et si j'avais acheté pendant un intervalle lucide, comment, après ce temps, pourrai-je le prouver ? Ma propriété resterait-elle éternellement incertaine? Ces raisons ont décidé Paul, malgré la nullité de la vente, ou pour mieux dire, son inexistence.

118. — Tout en admettant l'usucapion, Paul refusait la Publicienne à celui qui avait acheté d'un fou.

Au premier abord on serait tenté d'interpréter le raisonnement de Paul de la manière suivante : n'admettant l'usucapion que par des raisons d'utilité pratique, il ne devait point conclure de l'usucapion à la Publicienne, puisqu'on ne doit pas tirer argument, c'est lui-même qui nous l'enseigne, de ce qui est introduit *utilitatis causa*, c'est-à-dire *contra juris rationem* [12].

Toutefois, ce motif ne suffirait pas, car il ne s'agit point de savoir si un jurisconsulte, libre dans son rai-

12. L. 141, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — Comp. L. 16, D., *De legibus*, 1, 3.

sonnement. doit ou non tirer des conséquences d'un principe, mais il faut voir ce que fera un juge, esclave de la formule. Or, si le demandeur est *in via usucapiendi*, et il l'est, le juge sera obligé de supposer que le délai est écoulé, et par conséquent que ce demandeur est propriétaire. — Aussi, Paul se place-t-il au point de vue de la formule, il s'appuie sur ce que la vente est nulle (*nulla esset emptio*) ; quand on a acheté d'un fou, on ne peut pas dire qu'on a acheté : or, la formule donne au juge mission de constater si le demandeur a acheté, c'est incontestablement l'intention du préteur, puisqu'il annonce qu'il donnera cette action : *ei* « QUI BONA FIDE EMIT. » Le demandeur n'étant pas, en droit, *un acheteur*, succombera.

Ulpien (L. 7, § 2, D., *h. t.*) donnait la solution contraire :

« *Marcellus*, *lib.* 17 *Digestorum scribit, eum*, *qui a furioso, ignorans eum furere*, *emit*, *usucapere posse : ergo et publicianam habebit.* »

Nous venons de voir Paul, préoccupé de la lettre de l'Edit, refuser la Publicienne ; Ulpien au contraire l'accorde en se fondant sur l'esprit de l'œuvre prétorienne. Sans doute la formule exige l'achat, sans doute il faut l'interpréter selon les intentions du préteur ; mais *emit* peut aussi bien s'entendre dans le sens d'un *fait* d'achat, que dans celui d'un achat valable en droit ; quant aux intentions du préteur, le *nondum usucaptum* de l'Edit, la fiction de la formule, les révèlent assez clairement : tout individu *in via usucapiendi* a droit à sa protection ; de l'usucapion nous devons conclure à la Publicienne.

Cette dernière solution semble *humanior* pour user d'une expression que les textes emploient quelquefois ; il serait dur de refuser à l'acheteur, *contre les tiers*, la protection de la Publicienne, son erreur ne

peut-elle pas être aussi excusable que celle de celui qui acquiert d'un pupille le croyant pubère ?

119. — Nous disons : « *contre les tiers.* » Qu'on lui donne ou qu'on lui refuse la Publicienne contre le fou, cela est parfaitement indifférent : supposons qu'on la lui donne : pour repousser cette action, le fou n'aura, parmi les moyens à employer, que l'embarras du choix : exception *justi dominii*, s'il était propriétaire, car l'aliénation est nulle, ou exception d'une Publicienne égale sans réplique *rei venditæ* au profit de l'acquéreur, puisque la vente est nulle ; plus simplement encore exception de dol, car le demandeur commet un dol en persistant dans sa demande alors que la folie est démontrée. Comme moyen d'attaque, le fou a la revendication ou la Publicienne en brisant, dans ce dernier cas, par une réplique de dol, l'exception d'une Publicienne égale que lui opposerait l'acheteur.

Ces motifs nous portent à considérer comme absolument inadmissible une tentative de conciliation que Pellat (p. 495) regardait comme très plausible : Paul aurait voulu dire seulement que l'acheteur ne pourra intenter efficacement la Publicienne contre le fou, son vendeur. D'abord c'est traduire comme s'il y avait : « *nec publiciana competit* ADVERSUS FURIOSUM, » ce qui est prêter à Paul. En second lieu, c'est lui prêter une banalité, puisque, nous venons de le voir, le fou est toujours assuré de triompher de son acheteur, soit que l'on donne, soit que l'on refuse la Publicienne à ce dernier. Enfin, pourquoi vouloir concilier, alors que les deux opinions sont soutenables par des raisons plausibles ?

Ce qui faisait pencher Pellat vers ce système, c'étaient les deux autres conséquences que Paul tirait de la nullité de la vente (*neque de evictione actio nascitur mihi... nec accessio possessionis*) ; elles sont fondées

sur la relation d'auteur à successeur. Le savant écrivain semble vouloir dire que, dans les trois hypothèses, Paul met en face l'un de l'autre l'acheteur et son vendeur; en tous cas, c'est bien là l'idée de M. Accarias (§ 818, p. 993, note 1). Ce dernier auteur insiste sur ce point, qu'en parlant de garantie Paul a eu en vue les rapports du vendeur et de l'acheteur; il en conclut que très probablement il s'agit de ces mêmes rapports dans les autres cas.

D'abord la conséquence n'est pas forcée; de ce que Paul aurait eu en vue dans un cas les rapports de l'acheteur et du fou, il ne résulte nullement qu'il s'agisse de ces mêmes rapports dans les deux autres conséquences que Paul tire de la nullité de la vente. Il déduit les conséquences de cette nullité sur la situation de l'acheteur, voilà tout ce qui est certain.

D'ailleurs le raisonnement des auteurs cités part de l'idée que le fou était propriétaire : « la nullité de la vente, dit Pellat, empêche l'acheteur d'invoquer la réplique *rei venditæ et traditæ* pour paralyser l'exception *justi dominii* qui lui sera opposée de la part du *propriétaire vendeur*. » Telle n'est pas la pensée de Paul, car la première chose qu'il suppose c'est que l'acheteur a été évincé, naturellement par le véritable propriétaire, ce qui implique que le fou a vendu une chose dont il n'était pas propriétaire.

Donc, ce que Paul suppose tout d'abord, c'est un procès entre l'acheteur et *un tiers*, procès qui se termine par l'éviction de l'acheteur.

En second lieu, Paul suppose que l'acheteur a perdu la possession, et lui refuse la Publicienne pour la recouvrer.

Enfin, se plaçant toujours dans l'hypothèse d'un procès *contre un tiers*, Paul se demande si l'acheteur ne pourrait pas, pour fonder une revendication, se

dire propriétaire après très peu de temps, en joignant à sa possession celle de son vendeur, le fou : Paul répond : « non, car il n'y a pas de lien juridique entre les deux possessions ». Ici encore, il suppose que le fou n'était pas propriétaire, mais seulement possesseur de bonne foi.

D'ailleurs, vis-à-vis du fou lui-même on ne voit pas quel intérêt il y aurait à accorder ou à refuser à l'acheteur l'*accessio possessionis*. Admettons pour un instant qu'on la lui accorde, qu'arrivera-t-il ? Le vendeur (simple possesseur de bonne foi par hypothèse, puisqu'il s'agit de savoir si l'acheteur peut user de l'*accessio possessionis*) intente la Publicienne contre l'acheteur : ce dernier oppose l'exception *justi dominii* en invoquant l'usucapion accomplie grâce à l'addition des deux possessions, mais en *invoquant* contre le fou cette *accessio pos.* basée sur le fait d'un fou, il commet un dol, par conséquent son exception sera toujours brisée par la *replicatio doli*. Donc, à l'égard du fou vendeur, l'*accessio possessionis* n'a pas le moindre intérêt. Qu'on l'accorde ou qu'on la refuse, peu importe ; d'une façon ou d'une autre, le fou triomphera.

Un dernier argument achève de démontrer selon nous que Paul n'a pas eu un seul instant l'idée d'opposer l'un à l'autre dans une action réelle, Publicienne ou Revendication, le fou vendeur et son acheteur. Supposons que l'acheteur ait possédé pendant le temps requis pour l'usucapion et qu'il soit ainsi devenu propriétaire : croit-on que, même dans cette hypothèse, le fou serait sans ressource ? Il pourrait en tous cas et à toute époque réclamer, par la *condictio sine causa*, la *possession* qu'il a mise sans cause (puisque la vente est inexistante) dans le patrimoine de l'acheteur. Nous disons la *possession*, car il n'a pas mis la propriété dans le patrimoine de l'acheteur, ce dernier l'a acquise

tout seul par l'usucapion. Les principes mènent à cette conclusion, d'ailleurs très nettement confirmée par un texte, la L. 15, § 1, D., *De condictione indeb.*, 12, 6 :

« *Si falso existimans possessionem me tibi debere alicujus rei, tradidissem, condicerem. Sed et si possessionem tuam fecisses, ita ut tibi per longi temporis præscriptionem* (= *usucapionem*) *avocari non possit, etiam sic recte tecum per indebitam condictionem agerem.* »

La *condictio indebiti*, on le sait, n'est qu'une forme de la *condictio sine causa*. Si le fou est créancier de la restitution de la possession transmise sans cause, il est évident que l'acheteur revendiquant sera repoussé par l'exception de dol ; sans doute il fera proclamer sa propriété, mais il ne saurait obtenir du juge un *arbitrium* ordonnant la restitution; il ne saurait sans dol demander qu'on lui rende la possession, alors qu'il est, en vertu d'une action personnelle, *obligé* de restituer cette possession au fou : *dolo facit qui petit quod redditurus est.* (L. 8, D., *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4).

On voit dans quelle série d'impossibilités on tombe quand on veut, à tout prix, opérer une conciliation que rien ne nécessite, puisque la décision de Paul peut se soutenir par des raisons fort plausibles, surtout si l'on considère avec quelle rigueur il exige une vente réelle.

Si nous avons insisté, trop longuement peut-être, sur cette controverse, c'est que la conciliation, longtemps repoussée par la majorité des auteurs (Voy. Glück, *Pand.*, t. 8, p. 351, nº 29) semble avoir repris faveur (voy. les citations dans Vangerow, t. I, § 335, *Anm.*, *II*, 1, c. et Windscheid, t. I, § 199, note 5.)

Cependant le dernier auteur qui ait écrit sur cette matière (Huschke, p. 55 et s.) repousse énergiquement toute conciliation.

De tout ce qui précède nous devons conclure que, dans le dernier état de la législation romaine, un *fait*

d'achat était exigé de la part de celui qui invoquait la formule normale de la Publicienne, mais qu'il n'était pas nécessaire que la vente fût valable en droit.

Bien entendu, c'est à l'acheteur de prouver ce fait d'achat [13].

13. L. 13, § 2, D., *h. t.*, Gaius: *Qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore, lege non prohibente se emisse. Sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur.*

CHAPITRE XII.

Du paiement du prix.

120. L. 8, D., *h. t.* Le paiement du prix n'était pas nécessaire pour que l'acheteur eût la Publicienne. — 121 Réfutation des systèmes contraires. — 122. Le silence du Préteur ne peut autoriser Gaius à ne pas exiger le paiement du prix, que si ce paiement n'était pas requis pour l'usucapion. — 123 Autrement le raisonnement de Gaius serait un contre-sens. — 124. En effet l'acheteur pouvait usucaper sans avoir payé le prix ou fourni une satisfaction équivalente. Arguments en faveur de cette opinion. — 124 *bis*. La propriété prétorienne est donc acquise à l'acheteur même avant le paiement du prix, mais ce droit présente ici un caractère relatif très remarquable, en ce qu'il n'est pas opposable au vendeur ou à ses ayants-cause.

120. — L. 8, D., *h.t.*, Gaius, lib. 7 *ad Edictum provinciale :*

De pretio vero soluto nihil exprimitur, unde potest conjectura capi quasi nec sententia Prætoris ea sit ut requiratur an solutum sit pretium.

Nous aurons à nous expliquer tout à l'heure sur la forme particulière, et en apparence conjecturale, que Gaius donne à sa décision. Elle n'en subsiste pas moins, les compilateurs l'ont placée au siège de la matière, et les traducteurs grecs du Digeste, dont les travaux ont servi à composer les Basiliques, n'ont pas hésité à la prendre comme une règle absolue et certaine.

Bas., XV, II, 8 : Οὐ ζητοῦμεν εἰ κατεβλήθη τὸ τίμημα : « *Non requirimus an solutum sit pretium.* »

Aussi admet-on universellement en Allemagne que le paiement du prix n'était pas exigé pour la Publicienne [1].

En France, Pellat, p. 523, se demande si la conclusion conjecturale que Gaius tire du silence de l'Édit était bien la doctrine à laquelle il s'arrêtait. « Il est permis d'en douter, » dit-il, « d'après la manière dont il s'exprime. « En tous cas, » ajoute-t-il, « j'ai peine à croire qu'elle fût devenue l'opinion dominante parmi les jurisconsultes, car nous avons des textes [2], où Julien, Pomponius et Ulpien, en posant une espèce où ils examinent si l'action publicienne peut être efficacement intentée, ont soin de relever la circonstance que le prix a été payé. Or, on sait que les jurisconsultes romains n'avaient pas l'habitude d'indiquer, dans la position du fait, des circonstances indifférentes. »

M. Accarias, § 819, 2°, décide formellement que l'acheteur ne doit avoir la Publicienne qu'autant qu'il a payé son prix, car jusque-là il n'usucape pas (ce qui n'est pas démontré, bien au contraire) ; il ajoute en note que cependant la nécessité de cette condition paraît avoir été contestée par Gaius, et cela à raison du silence de l'Édit.

121. — Pour élucider ce point, il convient d'éliminer tout d'abord les trois textes invoqués par Pellat, et qui

1. Vangerow, § 335, *Anm.*, II, c. — Windscheid, § 199, note 5. — Unterholzner, *Verjahrungslehre*, t. I, p. 385. — Sell, *Ding. Rechte*, I, p. 408, etc. — Un seul auteur, Tigerstrœm, *Die bonæ fidei possessio*, 1843, p. 49, note 5 et p. 123, note 26, cité par Pellat, p. 523, et par Wangerow, *loc. cit.*, le conteste en disant qu'il ne faut pas attribuer trop d'importance à cette conjecture de Gaius. Chez Tigerstrœm, cette solution est sans doute la conséquence de sa thèse. Selon lui, la Publicienne serait identique à la revendication, opinion à coup sûr originale comme le dit Vangerow, § 335, *Anm.*, I, premier alinéa *in fine*, mais qui dispense de toute réfutation.

2. L. 72, D., *De reiv.*, 6, 1. — L, 4, § 32, D., *De doli mali except.*, 44, 4. — L. 2, D., *De except. rei vend.*, 21, 3.

se réduisent en somme à une décision de Julien reproduite par Pomponius et par Ulpien[3].

Certes, les Prudents n'ont pas l'habitude d'indiquer dans la position du fait des circonstances indifférentes, Pellat a bien raison de le faire remarquer. Mais, *dans l'espèce prévue par le texte,* la circonstance que le prix avait été payé présentait une importance capitale.

Le vendeur de l'immeuble d'autrui, devenu propriétaire par héritage depuis, a pu transférer à un second acheteur la propriété quiritaire qu'il avait ainsi acquise après la tradition faite au premier acheteur. Toutefois, le premier acheteur triomphera du second comme il aurait triomphé de son vendeur, soit que le vendeur eût revendiqué, soit que ce premier acheteur eût intenté la Publicienne contre son vendeur.

Car, si le vendeur revendique, cet acheteur opposera à la revendication l'exception *rei venditæ ;* mais pour cela il faudra qu'il ait payé le prix, sans quoi son exception pourrait être brisée par une réplique de dol.

Dans le second cas, le premier acheteur intentant la Publicienne contre son vendeur se heurte à l'exception *justi dominii*; il la repoussera par la réplique *rei venditæ*, mais à une condition essentielle, c'est qu'il ait payé le prix, autrement cette réplique serait exposée à se briser contre une duplique de dol invoquée par le vendeur.

Pour que la Publicienne et l'exception *rei venditæ*

3. C'est dans la L. 4, § 32, D., *De doli mali except.*, 44, 4, que cette décision est énoncée avec le plus de détail : *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit* PRETIO SOLUTO, *deinde Titius Sempronio heres extiterit, et eumdem fundum Mævio vendiderit, et tradiderit, Julianus ait æquius esse Prætorem te tueri; quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata, vel doli mali, submoveretur*; *et si ipse eum possideret, et Publiciana peteres, adversus excipientem : si non suus esset, replicatione utereris, ac per hoc intelligeret eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet.*

4. Voy. L. 1, § 5, D., *De except. rei vend.*, 21, 3. — Voy. aussi L. 5, § 18, D., *De trib. act.*, 14, 4.

fussent sûrement efficaces aux mains de l'acheteur premier en date, il fallait donc qu'il eût payé le prix; aussi les textes relèvent-ils avec soin cette circonstance. Il n'y a donc aucun argument à en tirer en faveur de l'opinion qui, malgré Gaius, exige le paiement du prix pour que l'acheteur ait la Publicienne *contre les tiers* [4 bis], et nous restons en présence d'un texte unique, la L. 8, *h. t.*, et de son interprétation par les Basiliques, qui ne laisse place à aucun doute.

Ainsi, selon Gaius, le paiement du prix n'est pas exigé dans la Publicienne, et le jurisconsulte tire cette conséquence du silence de la formule [5].

122. — Mais comment le silence de la formule peut-il autoriser cette conclusion ? Cette formule, nous la connaissons par Gaius lui-même. Elle donne au juge la mission de vérifier l'achat, la tradition, et de rechercher si le demandeur aurait usucapé, en supposant qu'il eût possédé le temps voulu. Eh bien ! si, selon la doctrine de plusieurs auteurs [6], le paiement du prix est une

4 *bis*. C'est-à-dire les personnes autres que le vendeur et ses ayants-cause à titre universel ou particulier. Le premier acheteur n'est préféré au second que s'il a payé son prix. Le premier acheteur se trouve vis-à-vis des ayants-cause de son vendeur postérieurs à la tradition reçue par ce premier acheteur, dans une situation identique à celle qu'il occuperait vis-à-vis de ce vendeur lui-même.

5. Nous disons : De la formule. L'Édit de Julien par lait, nous l'avons reconnu (voy. Chapitre IV *supra*), de tradition *ex justa causa*; cet Édit n'a subi aucune modification (comp. G., IV, 36, *initio* à L. 1, pr., D., *h. t.*). C'est la formule-type (G. IV, 36), qui parlait de l'*achat : Si quem hominem A*us *A*us *emit, et is ei traditus est*; elle n'ajoute pas : *pretio soluto*.

6. Pellat, p. 523. — Accarias, I, p. 556, note 1, *in fine*, 3e éd. — Vangerow, I, § 320, note 2, n° 1, *a*. — Windscheid, *Pand.*, § 179, note 1, et les auteurs qu'ils citent. — Le système de Huschke mérite une place à part. Selon lui (*op. cit.*, p. 57 et s.), l'acheteur payant le prix usucaperait rétroactivement; l'usucapion courrait du jour de la tradition, à la condition que le prix ait été ultérieurement payé. Pour le prouver, Huschke affirme que l'acheteur *a vero domino* qui paie le prix devient propriétaire, mais rétroactivement; la tradition lui aura *hic et nunc* transféré la propriété s'il paie ultérieurement le prix. M. Accarias (t. I, p. 556, note 1, *in fine*, 3e édit.), semble bien aussi considérer que l'effet de la tradition est subordonné à une condition, mais il n'admettrait pas de rétroactivité, car il cite ailleurs (p. 548, note 2), un texte dont il résulterait, selon lui, que les droits réels concédés par le vendeur avant le paiement du prix sont valables (L. 15, C. D., *De reiv.*, 3, 32). Nous ferons des réserves quant

condition nécessaire de l'usucapion *pro emptore*, le juge de la Publicienne aura fatalement à rechercher si ce paiement a été effectué, et déboutera inévitablement le demandeur en cas de non paiement, puisqu'il constatera que ce demandeur n'aurait pas usucapé, même en supposant qu'il eût possédé le temps requis. Donc si le paiement du prix était exigé pour l'usucapion, le silence du préteur eût mené forcément à la nécessité de ce paiement pour la Publicienne [6bis] !

à ce texte, mais il nous paraît certain que la propriété, et par conséquent la revendication, ne sont transmises à l'acquéreur qu'au jour du paiement, et sans rétroactivité, ce qui prouve, selon nous, que ce paiement n'est pas une véritable condition, mais le complément nécessaire du transfert de propriété. A l'appui de la rétroactivité, Huschke invoque des textes qui, parlant d'un achat fait par un esclave soumis à un droit d'usufruit, attribuent la propriété de l'objet acheté au nu-propriétaire ou à l'usufruitier, selon que le prix est ultérieurement payé par le premier ou par le second : *in pendenti est cui proprietatem adquisierit... proprietarii ex postfacto fuisse videtur.* Les mots *adquisierit*, *fuisse*, montreraient, selon Huschke, que l'acquisition remonte au jour de la tradition (L. 43, § 2, D. *De adq. rer. dom.*, 41. 1. — L. 43, § 10, D., *De ædilitio edicto*, 21, 1. — L. 25, § 1, D., *De usuf.*, 7, 1. L. 12, § 5, *eod.*

Mais ce dernier texte fournit une explication des plus simples. Gaius et Paul, auteurs des deux premiers fragments, ont emprunté cette solution à Julien (lib. 35 Dig.), comme le prouvent les expressions dont ils se servent et qui sont presque identiques Julien dit : *in pendenti est... retrofuisse;* Gaius dit : *in pendenti esse... ex postfacto fuisse;* Paul dit : *pendet, in suspenso est*. Dans les deux derniers textes cités, Ulpien rapporte et commente cette décision de Julien ; or, voici comment il la comprend : « *Necdum pretium numeravit, sed tantummodo pro eo fecit satis.* » Ces derniers mots montrent que la propriété avait été transférée immédiatement, grâce à la satisfaction donnée au vendeur, satisfaction qui supplée au défaut de paiement du prix (J., II. 1, § 41) ; la seule question était alors de savoir *à qui* la propriété avait été transférée. — Dès lors l'argumentation de Huschke s'écroule par la base.

6 *bis*. Si l'on eût dû interpréter le silence du préteur sur une condition de l'usucapion, en ce sens qu'il ne l'exigeait point, il n'y aurait pas eu de raison de refuser la Publicienne pour les choses volées, car la seule raison qui la fait refuser, c'est l'impossibilité de l'usucapion (L. 9, § 5, D. *h. t.*). Par conséquent, lorsque Fitting (*Arch. f. civil. Prax.*, 51, p. 26, 27), allègue que le juge devait interpréter la formule selon les intentions du préteur, et dispenser du paiement du prix, son argumentation manque de base, car le silence du préteur sur les conditions ordinaires de l'usucapion implique l'intention de les maintenir et non de les supprimer. Allons plus loin : alors même qu'on aurait cru, sans aucun motif sérieux d'ailleurs, que l'intention du préteur était de ne pas exiger le paiement du prix, le juge lié par la formule aurait-il pu s'affranchir de la loi que la teneur de cette formule lui imposait ? Fitting l'affirme, il dit qu'au temps de Gaius on prenait déjà bien des libertés avec les formules : à l'appui il cite Dernburg, *Compensation*, p. 234 et s. Malheureusement le système de Dernburg sur la compensation a été depuis magistralement réfuté par Eisele, *Die Compensation*, Berlin, 1876.

Si au contraire le paiement du prix n'était pas requis pour l'usucapion [7], il aurait fallu, pour qu'il fût nécessaire dans la Publicienne, que le préteur l'exigeât *expressément*. De son silence on pouvait et devait conclure que son intention n'était pas de l'exiger :

123. — Nous sommes donc en présence d'une alternative qui ne laisse prise à aucune échappatoire :

Si le paiement du prix était nécessaire pour l'usucapion, le raisonnement de Gaius devient au contresens, une véritable absurdité ;

Si le paiement du prix n'était pas nécessaire, pour l'usucapion, alors ce raisonnement est parfaitement logique, parfaitement naturel ; le silence du préteur est un indice suffisant de ses intentions, il n'a pas voulu ajouter une condition que le droit civil n'exigeait point pour l'usucapion. Non seulement dans ce système nous aboutissons aux mêmes conclusions que Gaius, mais nous y arrivons dans les termes mêmes qu'il emploie, la phrase qui termine le nº précédent n'étant autre chose que la traduction fidèle de la L. 8 de notre titre [8].

7. En ce sens : Schulin, *Vierteljahresschrift*, t. 18, p. 527 et s. et *Resolotiv-bedingung*, p. 157. — Rudorff, *Puchta Vorlesungen*, 5e éd., I, § 173, note 2. — Scheurl, *Beitr.* II, p. 65 et s. — Stintzing, *Wesen von bona fides und titulus*, p. 110 et s. — Exner, *Tradition*, p. 365 et s. — Pour le droit de Justinien voyez Fitting, *Arch, f. civ. Prax.*, 51, p. 18 à 30. Ce dernier auteur admet la nécessité du paiement du prix à l'époque classique. Sous Justinien il en serait différemment ; le délai de l'usucapion étant très allongé, il n'y a plus d'inconvénient pour le vendeur ; d'ailleurs les compilateurs auraient supprimé les textes qui exigeaient le paiement du prix, d'où l'on doit conclure qu'ils ont eu l'intention de modifier la législation sur ce point (p. 29). — Mais la question est précisément de savoir si ces textes ont jamais existé. Il faut que le silence des sources soit bien éloquent pour que Fitting ait été forcé d'admettre, pour le droit de Justinien, le système qu'il combat pour le droit antérieur. D'ailleurs, il expose sans les affaiblir les principaux arguments de la doctrine que nous adoptons, et s'il y a quelque chose de faible dans l'intéressant et docte travail de cet éminent auteur, c'est la réfutation qu'il tâche d'opposer à ces arguments.

8. On pourrait peut-être ajouter que Gaius ne dit pas : *non sententia Prætoris ea fuit*, etc., mais : *nec sententia Prætoris*, et qu'on traduirait exactement ce *nec* par : *non plus*. Le droit civil n'exige pas le paiement du prix, disait peut-être Gaius dans la phrase qui précédait le fragment devenu la L. 8 ; dans la formule de la Publicienne il n'en est pas question, d'où l'on peut *conjecturer* que le préteur n'a pas eu *non plus* l'intention de l'exiger.

Cet argument nous paraît décisif et nous nous rangeons à l'opinion des auteurs cités à la note 7 : le paiement du prix n'était pas nécessaire pour l'usucapion, donc il ne l'était pas non plus pour la Publicienne. Gaius ne songe même pas à le déclarer expressément, tant la conséquence est forcée, il se demande seulement si cette conséquence nécessaire répond aux intentions du préteur[8 bis]? Voilà un acheteur qui n'a pas encore payé son prix ; s'il eût acquis *a vero domino*, il n'aurait pas la revendication, et il aura la Publicienne ; est-ce bien l'intention du préteur[9]? On peut le conjecturer dit Gaius, car le préteur garde le silence sur cette condition, alors qu'il lui était bien facile de l'insérer dans la formule.

124. — Même en laissant de côté la loi 8, la doctrine qui admet l'usucapion sans paiement du prix s'appuie sur les arguments les plus sérieux.

Tout d'abord le silence des sources suffirait à lui seul à la faire préférer.

Bien que les textes, dit Stintzing (*loc. cit.*), précisent

8 *bis*. C'est ainsi que se réfutent les arguments tirés (notamment par Fitting) du mot *conjectura* de la loi 8. — Voy. aussi la note suivante.

9. Ce défaut de parallélisme entre les deux cas doit, d'une façon toute spéciale attirer l'attention de Gaius. Pour bien comprendre sa solution, il faut suivre l'ordre de ses idées. Dans son traité sur l'Édit provincial, il suit tout naturellement l'ordre de l'Édit; comme Ulpien, il commente d'abord le « *id quod traditur ex justa causa* » (L. 13, *h. t.*), puis la formule-type (L. 8, *h. t.*). Or, dans la loi 13, expliquant les mots *justa causa*, il dit : *Quæcumque sunt justæ causæ adquirendarum rerum, si ex his causis nancti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia hæc actio*. La *justa causa* de la Publicienne est donc une *justa causa adquirendi*. Aussi au § 1, le jurisconsulte nous explique-t-il que la possession du précariste et du créancier gagiste, bien que *justa*, ne donne pas naissance à la Publicienne, parce qu'ils n'acquièrent pas la possession en croyant devenir propriétaires : *ut credat se dominum esse*. La règle ainsi posée serait certainement inexacte dans plusieurs cas, car on peut avoir la Publicienne sans se croire propriétaire (voy. *infra*, notes 10 et 14) mais le plus souvent le principe est vrai. Dès lors on conçoit fort bien que, partant de cette idée générale, Gaius soit vivement frappé de voir la Publicienne accordée à un acheteur qui ne peut se croire encore propriétaire faute d'avoir payé le prix. Etant donnée la formule, le résultat est fatal ; Gaius ajoute que vraisemblablement telle a bien été l'intention du préteur, car il garde le silence sur cette condition qu'il lui était très facile d'imposer s'il l'eût voulu.

avec beaucoup de soin et de détail toutes les conditions de l'usucapion *pro emptore*, aucun n'exige le paiement du prix.

Serait-ce l'évidence même de cette condition qui l'aurait fait passer sous silence? Doit-on dire, avec Pellat que l'acheteur ne saurait usucaper alors qu'il ne peut croire être devenu propriétaire? Mais il y a plusieurs cas où l'on usucape tout en sachant fort bien qu'on n'est pas propriétaire [10], et, en ce qui concerne l'acheteur en particulier, nous avons déjà vu que sa bonne foi consistait à croire le vendeur propriétaire [11].

Il serait périlleux de vouloir donner une définition générale de la bonne foi; si l'on se rappelle ce que nous avons dit au chapitre précédent de la manière purement jurisprudentielle dont s'est formée la théorie du juste titre et de la bonne foi, si l'on envisage l'ensemble des textes, on reconnaîtra que dans chaque cas la question se réduit à savoir si l'équité ne milite point contre l'usucapion.

Dans cet ordre d'idées, faisant abstraction de tout système conçu *a priori*, et qui pècherait toujours dans quelques cas, demandons-nous pourquoi l'acheteur n'usucaperait point avant le paiement du prix?

Si la chose n'est pas au vendeur, celui-ci a tout intérêt à ce que l'acheteur usucape et soit ainsi préservé de toute éviction.

Si le vendeur est propriétaire, on pourrait dire qu'il

10. Tel est le cas de l'usucapion des *res mancipi* acquises *a domino* par la tradition, cette usucapion était admise dès l'époque des XII Tables (G., II, § 47), bien qu'il n'y eût pas alors à coup sûr deux propriétés (G., II, § 40). De même en cas d'abandon noxal, on usucape quand bien même on saurait que l'esclave n'est pas la propriété de celui qui fait l'abandon. L. 28, D., *De noxal. act.*, 9, 4.

11. *Supra*, Chapitre X. — Windscheid, § 176, note 5, dit avec raison que Stintzing a rendu un service signalé à la science en démontrant l'inexactitude de l'ancienne doctrine qui identifiait la bonne foi avec la croyance d'être devenu propriétaire.

a intérêt à ne pas perdre sa propriété par usucapion avant d'avoir touché le prix. Mais il faut remarquer qu'un vendeur *au comptant* qui attend un an ou deux ans sans réclamer la chose ou le prix, devient par la force même des choses un vendeur qui fait crédit, qui suit la foi de l'acheteur, et qui renonce par conséquent à la garantie résultant de la propriété retenue. La convention primitive est modifiée par l'exécution qu'elle reçoit d'un commun accord. Si le vendeur n'entend pas qu'il en soit ainsi, qu'il insère dans la vente ou qu'il fasse après coup une convention de précaire ou de bail, il empêchera ainsi toute usucapion [12]; autrement il faudrait dire qu'au bout de trente ans et davantage l'acquéreur d'un bien ne l'a pas usucapé s'il ne prouve avoir payé le prix; il faudrait le contraindre à apporter sa quittance, ce que bien souvent il ne pourrait faire [13].

D'ailleurs la bonne foi ne doit-elle pas se concevoir comme la croyance qu'on ne cause à autrui aucun préjudice injuste? L'acheteur, qui doit être censé, jusqu'à preuve contraire, avoir l'intention de payer son prix, ne pense pas à coup sûr faire tort au vendeur en usucapant, il doit même penser que le vendeur lui fait crédit puisqu'il ne réclame pas. Il nous semble donc que si plusieurs auteurs exigent le paiement du prix, c'est qu'ils partent d'une idée préconçue, à savoir qu'il

12. Comp. L. 16, D., *De periculo*, 18, 6. — L. 20, § 2, D., *Locati*, 19, 2. Voy encore L. 20, D., *De precario*, 43, 26. — L. 3, D., *De pactis inter*, 4, 54. Ces conventions seraient de bien peu d'utilité, si elles n'avaient pas précisément pour effet d'empêcher l'usucapion, c'est-à dire si l'acheteur n'usucapait pas d'ordinaire même avant d'avoir payé son prix.

13. Maynz, t. 1, § 208, note 18, cherche à éviter cette difficulté par une échappatoire. Il admet la nécessité du paiement du prix, mais comme élément de la bonne foi, qui n'a pas besoin d'être prouvée. De là il conclut que ce serait à l'adversaire de prouver le non paiement, ce qui s'appliquerait aussi au cas où cet adversaire est le vendeur lui-même. Comme cette preuve négative est à peu près impossible, cela reviendrait à ne pas exiger le paiement pour l'usucapion.

faudrait se croire propriétaire pour usucaper, idée qui, dans sa généralité, n'est pas exacte.

Nous laissons de côté d'autres arguments moins probants [14] et nous réservons ceux qu'on peut tirer de l'*addictio in diem* et de la *lex commissoria* [15].

14. Par exemple, le § 1, Frag. Vat., est très favorable au système soutenu au texte, quoi qu'en dise Bechmann (*op. cit.*, t. I, p. 625, note 3) : Un individu achète une *res mancipi* d'une femme en tutelle, sans l'*auctoritas* de son tuteur, et cela sciemment. Cependant Julien, par suite de ce que le texte appelle la *constitutio Rutiliana* (Voyez Voigt, *Jus naturale*, t. IV, p. 546 et suiv.), admettait, contrairement à l'avis d'autres jurisconsultes, que cet acheteur pouvait usucaper, s'il avait payé le prix aux mains de sa venderesse, laquelle pouvait d'ailleurs faire cesser l'usucapion en offrant de rendre le prix. Si Julien admet ici l'usucapion au profit d'un acheteur de mauvaise foi, c'est manifestement parce que le patrimoine de la femme ayant reçu un équivalent, n'a pas subi de diminution ; par suite, il n'y avait pas d'intérêt dans l'espèce à déclarer l'acte d'aliénation inefficace à raison de l'incapacité particulière de la femme. A cette époque, on n'attache plus guère d'importance à la conservation des *res mancipi*. Si donc le paiement du prix détermine Julien à admettre dans l'espèce l'usucapion au profit d'un acheteur de mauvaise foi, c'est que ce paiement n'était pas exigé lorsqu'il s'agissait d'un acheteur de bonne foi. — On peut encore invoquer le § 12. Frag. Vat., où Papinien admet qu'on peut usucaper avant d'avoir payé le prix. Rien dans ce texte ne fait supposer que le vendeur ait suivi la foi de l'acheteur ou reçu de lui des garanties. Enfin on peut encore citer la L. 9, C. *De cont. empt.*, 4, 38 : *nec idcirco is qui comparavit minus recte possidet, quod soluta summa negatur*. Il posséderait *minus recte* s'il ne pouvait usucaper avant d'avoir payé le prix. Mêmes expressions dans L. 12. C. *eod.*

15. Nous aurons, dans le cours de cette étude (Chapitres XXV et XXVI) l'occasion de développer, avec certaines modifications, la théorie que Schulin (*Resolutivbedingung und Endtermine*, Marburg, 1875, p. 141 et s., p. 164 et s.), a soutenue avec un talent et une clarté d'argumentation qui nous ont convaincus. Dans la vente avec *lex commissoria*, la propriété de la chose n'est pas transférée à l'acheteur, parce qu'il n'y a ni paiement du prix, ni consentement du vendeur à se contenter de l'obligation personnelle de l'acheteur. La propriété n'est pas transférée non plus en principe, dans la vente avec *addictio in diem*, même faite sous condition résolutoire parce que le prix n'est alors presque jamais payé intégralement. Si l'on veut bien nous concéder dès à présent ces deux points que nous essayerons de démontrer plus tard, il en résultera un nouvel argument à l'appui de l'idée que le paiement du prix n'est pas nécessaire pour l'usucapion. En effet, l'acheteur sous condition résolutoire usucape dans ces deux cas (V. *supra*, Chapitre IX, n° 91) quoiqu'il n'y ait ni prix payé, ni consentement du vendeur à se contenter de l'engagement personnel de l'acheteur (*fidem sequi*), ni caution ou hypothèque fournie par ce dernier. Dans cet ordre d'idées, on comprend très bien que Sabinus, dont l'opinion n'a pas prévalu, considérant la vente avec *lex commissoria* comme faite sous condition *suspensive*, pût en conclure que l'acheteur n'usucapait point avant le paiement du prix (L. 2, § 3, D., *Pro empt.*, 41, 4). Si le paiement du prix avait été exigé en règle générale, Sabinus n'aurait pas eu besoin, pour exclure l'usucapion, de considérer la vente avec *lex commissoria* comme faite sous condition *suspensive ;* il aurait pu donner cette même so-

124 *bis*. — De là résulte une différence très remarquable entre la propriété civile d'une part, et la propriété prétorienne ou droit garanti par la Publicienne d'autre part (car, nous l'avons vu, ces deux derniers droits sont identiques).

Dans la vente, sauf certaines exceptions, le droit civil exige que le prix ait été payé pour que la propriété passe à l'acheteur.

Le préteur perfectionne cette règle et la rend ainsi plus adéquate au but que poursuivait le législateur. Il s'agissait en somme d'assurer au vendeur une garantie parfaite, mais l'intérêt du vendeur seul était en jeu. A l'égard des tiers, il n'y avait aucune raison de se refuser à considérer l'acheteur comme propriétaire et de lui dénier la protection due à ce titre. Guidé par cette considération, le préteur a su concilier les sûretés nécessaires au vendeur avec les intérêts de l'acheteur, en attribuant à ce dernier la propriété prétorienne à l'égard des tiers, mais non vis-à-vis du vendeur et de ses ayants-cause. La propriété prétorienne prend donc ici un caractère relatif d'autant plus remarquable, qu'il ne s'agit pas ici seulement d'un simple acheteur de bonne foi, ayant traité avec un non propriétaire, mais même de l'acquéreur *a domino*.

Le caractère éventuellement relatif de l'*in bonis* ne constitue donc point un élément spécial au droit de l'acheteur de bonne foi, il a une portée bien plus générale et se présente dans plusieurs autres cas de propriété bonitaire [16].

lution, même en admettant que la *lex commissoria* constituait une condition résolutoire. (Comp. Fitting, *op. cit.*, p. 21, 22, 23.)

16. Voyez *supra*, n° 3 *bis*.

CHAPITRE XIII.

De la tradition en général. — Tradition sans possession acquise. — Possession acquise sans tradition. — La tradition ou la prise de possession sans vices est toujours exigée.

125. L'hypothèse *normale* prévue par l'Edit de Salvius Julien est celle où il y a eu tradition, et où cette tradition a fait acquérir la possession. — 126. *a* Mais la lettre de l'Edit permet de donner la Publicienne dans des cas où il y a eu tradition, mais non acquisition de *possession* : trois séries de cas. — 127. *b* Et l'esprit de l'Edit permet de donner notre action dans des cas où l'on a acquis la possession juridique bien qu'il n'y ait pas eu de tradition : cas de *ductio noxalis*, de *missio in possessionem ex secundo decreto damni infecti nomine*, cas où le légataire *per vindicationem* s'est mis en possession de la chose léguée. — 128. Le légataire *per vindicationem*, ou plus généralement l'acquéreur en vertu d'une cause qui transfère par elle-même la propriété, peut-il intenter la Publicienne avant d'avoir reçu tradition ? *Négative*. Preuves tirées du but de la Publicienne, des textes : L. 13, pr. L. 12, § 7, D. *h. t.* — 129. Doctrines qui admettent l'*affirmative* : système de Huschke, restrictions que cet auteur apporte à la solution affirmative de la question posée au n° 128. Réfutation. — 130. Autres systèmes en faveur de l'affirmative : dans la L. 1, § 2, D. *h. t.*, Ulpien reprocherait au préteur de n'avoir mentionné que le cas de tradition, alors que la Publicienne doit aussi compéter à celui qui a reçu mancipation, cession *in jure*, etc.; réfutation. Interprétation de Lenel ; réfutation. — 131. Interprétation adoptée (Schirmer) : Il y a des cas, autres que celui de tradition, où l'on usucaperait si l'on possédait assez longtemps. Enumération de ces cas. — 132. Autres textes invoqués par les partisans de l'affirmative : L. 7, pr. D. *h. t.* Réfutation. — 133 Suite. L. 12, § 1, *h. t.* La Publicienne que ce texte attribue au fidéicommissaire recueillant l'hérédité en vertu du Trébellien, sans que ce fidéicommissaire ait besoin de prendre possession, c'est la Publicienne du défunt. Si au contraire le fidéicommissaire recueillait en vertu du Pégasien, la Publicienne ne lui compéterait qu'après la prise de possession. — Réfutation des autres systèmes. — 134. Enfin les partisans de l'affirmative invoquent encore L. 11, § 2, *h. t.* Mais ce texte s'explique par l'extension aux produits d'une chose, de la tradition *ex justa causa* dont cette chose a été l'objet. Renvoi au chapitre suivant. — 135. Résumé. Le Préteur exige la tradition, ou tout au moins la prise de possession sans vices, même dans le cas où le *modus adquirendi* peut transférer la propriété sans que l'on acquière la possession. Un fait matériel est donc toujours

nécessaire, mais on n'exige pas toujours qu'il ait procuré la possession juridique. La Publicienne est ainsi adaptée avec une merveilleuse précision, sans insuffisance et sans excès, a son but : la protection du propriétaire de fait, qui n'est autre que le propriétaire prétorien.

125. — Si l'on peut conjecturer avec quelque vraisemblance que l'Edit originaire du préteur Publicius s'appliquait uniquement au cas d'achat [1], il est certain que la rédaction de Salvius Julien avait une portée beaucoup plus générale [2].

La Publicienne était donnée à celui « *qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit* [3]. Ces expressions, manifestement calquées sur les termes mêmes de l'Edit, nous en indiquent nettement le sens.

Aussi, toute tentative de restitution qui ne cadre pas, naturellement et sans effort, avec le témoignage de Gaius, doit être immédiatement rejetée, comme par une sorte de *question préalable*. Celle que nous avons adoptée est au contraire la reproduction littérale des expressions de Gaius ; il est bon de la rappeler : *Si quis id quod traditur, vel etiam mancipatur, traditum ex justa causa et nondum usucaptum petet, judicium dabo.*

Dans le Chapitre XV nous nous occuperons de cette *justa causa* ; en ce moment nous ne parlons que de la tradition considérée comme condition de la Publicienne et par conséquent de l'acquisition de la propriété prétorienne.

La tradition en soi, c'est-à-dire séparée des actes juridiques qui la motivent et qui en précisent les effets, consiste uniquement dans la remise de la chose, remise faite par le *tradens* aux mains de l'*accipiens*.

D'ailleurs personne ne conteste que l'hypothèse nor-

1. Voyez *supra*, Chapitre VII.
2. Voyez *supra*, Chapitre IV.
3 G., IV, § 36.

male dans laquelle s'est placé l'Edit de Julien ne soit celle où une personne perd la possession d'une chose qui lui avait été livrée *ex justa causa*, et dont elle n'était pas encore devenue propriétaire quiritaire par usucapion. Lors de la tradition, elle n'était point devenue propriétaire quiritaire, soit parce qu'elle avait acquis *a non domino*, soit parce que, la chose étant *res mancipi*, la tradition n'en pouvait transférer la propriété quiritaire.

Les mots employés par Gaius : « *traditam... nondum usucepit* », montrent en effet fort clairement que l'hypothèse normale est bien celle où se rencontrent les deux éléments que voici :

1° Un fait matériel de remise ;

2° Une acquisition de la possession juridique, résultant de cette remise : le *nondum usucepit* suppose en effet qu'on a commencé à usucaper, ce qui implique nécessairement la possession acquise.

Nous disons : telle est l'hypothèse *normale* prévue par l'Edit ; nous ne disons pas : telle est l'hypothèse *unique* à laquelle puissent s'appliquer les termes de l'Edit.

En effet, d'une part la lettre de l'Edit, (indépendamment de la *justa causa* dont nous nous occuperons plus tard) n'exige qu'une chose, la tradition, elle n'exige pas expressément que cette tradition ait fait acquérir la possession juridique.

D'un autre côté, et à considérer l'esprit de l'Edit, on doit reconnaître que si le préteur parle de tradition, c'est que la tradition constitue le moyen normal par lequel une personne sera mise à même d'exercer un pouvoir physique sur une chose, sans qu'on puisse lui reprocher une usurpation violente ou clandestine, en un mot, c'est le moyen normal d'acquérir une *justa possessio* [4 et 5].

4 et 5. Comp. Esmein, *Nouv. Rev. hist.* 1885, p. 287.

Mais si, dans des cas (exceptionnels d'ailleurs, hâtons-nous de le dire) on a acquis cette *justa possessio* [6], sans tradition, l'esprit de l'Edit recevra pleine et entière satisfaction : la Publicienne sera recevable, et la propriété prétorienne reconnue à l'ayant droit.

Dès qu'il s'agit d'une solution équitable et pratiquement utile, les Romains n'hésitent pas à argumenter tantôt de la lettre et tantôt de l'esprit du texte commenté. Nous verrons d'ailleurs à la fin de ce chapitre qu'on ne s'est pas écarté du but de la Publicienne en n'exigeant pas, dans certains cas, que la tradition reçue ait conféré la possession juridique. Ces décisions particulières, outre la lettre de l'Edit, peuvent encore invoquer en leur faveur l'esprit général de l'institution.

Voyons maintenant les cas qui rentrent dans ce double ordre d'idées.

126. — *a*) Cas où il y a eu tradition mais non acquisition de possession.

Cela se produit tout d'abord dans des cas exceptionnels que nous avons déjà étudiés [7] : la tradition faite à l'esclave en fuite et celle reçue par l'esclave (non pourvu d'un pécule) d'une hérédité jacente, ne rendaient pas le maître possesseur juridique. Ces deux exceptions se réduisirent plus tard à une seule, la dernière, lorsqu'on admit *utilitatis causa* qu'on pouvait acquérir la possession par l'esclave en fuite. On comprend très bien que l'on ait donné ici la Publicienne ; la lettre de l'Edit recevait satisfaction, et l'utilité pratique réclamait cette solution.

Nous parlerons au Chapitre XIV des cas où la tra-

6. Gaius, L. 13, § 1, D., *h. t.* « *Interdum quidem nec ex justis possessionibus competit Publicianum judicium* etc. » Il considère donc qu'une *justa possessio* est nécessaire pour avoir droit à la Publicienne.

7. Voyez ci-dessus, Chapitre VIII.

dition — ainsi que la *justa causa* d'ailleurs, — ont été étendues de la chose principale qui en a été l'objet, aux produits ou aux parties détachées de cette chose, bien que ces produits ou ces parties n'aient pu être l'objet de la possession distincte requise pour l'usucapion. C'est en définitive la propriété prétorienne s'étendant aux produits, accessoires, etc. de la chose.

Enfin, nous savons que la Publicienne a été étendue à l'usufruit, aux servitudes réelles. Ulpien, L. 11, § 1, D., *h. t.* nous parle d'*ususfructus traditus*, de servitudes constituées *per patientiam*, ce qui équivaut à la tradition [8].

Ici encore la tradition n'a pu faire acquérir la possession et particulièrement la possession *ad usucapionem*, les servitudes ne pouvant être ni possédées ni usucapées. Cependant il y a eu remise de la chose, ou ce qui revient au même, le *tradens* a souffert qu'on y exerçât certains actes, la lettre de l'Edit reçoit donc satisfaction. C'est même grâce à sa rédaction large, que cette extension de notre action paraît n'avoir soulevé aucune difficulté.

127. — *b*) Cas où l'on a acquis la possession *ad usucapionem* bien qu'il n'y ait pas eu de tradition.

En premier lieu, si la chose se trouve déjà, à un titre quelconque, entre les mains de l'*accipiens*, on sera dispensé d'une tradition inutile, la *justa causa* suffira [9].

En second lieu, la prise de possession en vertu d'une autorisation du magistrat, notamment dans le cas de *ductio noxalis* [10] et de *damnum infectum* (*missio in*

8. Dans la L. 25, § 7, D., *De usuf.*, 7, 1, il distingue, à propos de l'usufruit, la constitution *per traditionem, vel stipulationem, vel alium quemque modum.*

9. L. 9, § 1, D., *h. t.* : *Si quis rem apud se depositam vel sibi commodatam emerit, vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit.*

10. L. 6, D., *h. t.* : *Item si servum ex causa noxali, quia non defendebatur, ussu Prætoris duxero, et amisero possessionem, competit mihi Publiciana.*

possessionem ex secundo decreto) équivaudra aussi à la tradition [11].

Enfin, l'esprit de l'Édit reçoit encore satisfaction, lorsqu'une personne prend spontanément possession d'une chose dont elle se croit propriétaire en vertu d'un acte juridique antérieur qui est, par lui-même et indépendamment de toute tradition, translatif de propriété. C'est, par exemple, un légataire *per vindicationem* qui, sans vices, prend possession de la chose léguée [12 et 13]. Il pourrait usucaper, donc il doit avoir la Publicienne.

Dans le texte cité (L. 8, D., *Pro legato*, 41, 8), il ne faut pas supposer, comme le fait Pellat. p. 455 texte et note 3, que le légataire ait pris possession avec le consentement de l'héritier, car alors il y aurait en réalité tradition, et le texte dit : *si non traditam possessionem* ; d'ailleurs, pourquoi le jurisconsulte relè-

Un esclave m'a causé un dommage; personne ne se présentant pour répondre à l'action noxale, j'emmène cet esclave sur l'ordre du préteur. On sait que si le propriétaire le revendiquait ensuite sans m'offrir l'indemnité qui m'est due, il serait repoussé par l'exception de dol, L. 28, D., *De nox. act.*, 9, 4.

11. L. 18, § 15, D., *De damno infecto*, 39, 2. Le voisin dont la maison menace ruine refusant de fournir la caution *damni infecti*, le Préteur rend deux décrets : le premier envoie le voisin menacé en possession *rei servandæ causa*, mais ne lui permet pas encore d'expulser le propriétaire (L. 15 § 20, D., *eod*); le second decret (*in possessionem esse jubere*) constitue le voisin *dominus* c. a. d. propriétaire bonitaire, et le met *in via usucapiendi* (L. 15, § 16, D., *eod.*). Il aura la Publicienne : L. 18 § 15 *eod.*

12 et 13. L. 8, D., *Pro legato*, 41, 8. *Si non traditam possessionem ingrediatur sine vitio legatarius, legatæ rei usucapio competit.* Il s'agit ici comme dans tout le titre *pro legato*, d'un legs *per vindicationem;* s'il s'agissait d'un legs *per damnationem* ou *sinendi modo*, ce serait sans doute au titre *pro soluto* ou *pro suo* que le légataire usucaperait. *Contra* Accarias, t. I, § 233, p. 523, note 2. « On peut tenir pour certain, dit le savant auteur, qu'il n'y a pas d'usucapion possible à la suite d'une prise de possession purement spontanée. » Même en admettant qu'il s'agirait dans le texte cité, d'un legs *sinendi modo*, il y aurait là une prise de possession *purement spontanée*, car est-il permis d'attribuer à des jurisconsultes romains l'idée que « le légataire se faisait en quelque sorte tradition à lui-même (!) Ou, si l'on aime mieux, il complétait, en prenant la chose, une tradition commencée (!!) par le défunt? » Cette idée, à nos yeux erronée, a été cependant suivie par Esmein, *loc. cit.* p. 287, note 4. Au surplus n'y a-t il pas une prise de possession purement spontanée dans le cas de l'héritier qui se saisit par erreur d'objets non compris dans la succession et non possédés par le défunt? Pourtant il usucape. L. 3, D., *Pro herede* 41, 5, et Accarias p. 527, note 2.

verait-il la circonstance que la prise de possession s'est effectuée sans vices, s'il supposait qu'elle a eu lieu du consentement de l'héritier ? L'absence de vices est importante à constater lorsque cette prise de possession a lieu sans l'autorisation de l'héritier ; elle va de soi dans le cas contraire.

En vain Pellat allègue-t-il, en invoquant l'autorité de Savigny (*System.* IV, p. 246, n. 9), que la volonté de l'héritier ne fait pas de la prise de possession une tradition, tant que l'héritier lui-même n'est pas entré en possession. Le texte ne distingue pas, il est général, il comprend donc même le cas où l'héritier avait déjà pris possession de l'objet légué ; il semble même qu'il vise spécialement ce cas, puisqu'il suppose que la tradition n'a pas été faite, ce qui autorise à penser qu'elle était possible ; or elle n'est possible qu'après que l'héritier a pris possession.

Nous avons supposé que la prise de possession avait lieu en vertu d'un acte juridique susceptible de faire acquérir la propriété indépendamment de toute tradition.

Il en serait autrement si l'on prenait spontanément possession d'une chose qu'on a achetée ou stipulée, car la vente ou la stipulation ne transfèrent pas la propriété. Ainsi s'expliquent les L. 5, D., *De adq. pos.*, 41, 2 et L. 33, D., *eod.*

128. — Mais faut-il aller plus loin ? Le légataire *per vindicationem*, ou plus généralement, l'acquéreur en vertu d'un acte juridique capable de transférer la propriété indépendamment de toute tradition et de toute prise de possession [14], a-t-il la Publicienne même avant d'avoir pris possession ?

14. Exemples : la cession *in jure*, la mancipation, du moins en ce qui concerne les immeubles, car pour les meubles, comme leur présence est nécessaire, la mancipation d'ordinaire contient en elle-même une tradition, voy. Gaius, I, § 121. Voyez *supra*, Chapitre X, note 53.

Les interprètes ne sont pas d'accord sur ce point.

1° Les uns, dit Pellat, p. 454, pensent que, pour obtenir l'action publicienne, il faut absolument que la tradition de la chose léguée vous ait été faite ou au moins que vous en ayez pris possession d'une autre manière [15]. Ce système est, à nos yeux, le seul exact.

On comprend en effet, que se plaçant au point de vue de la lettre de l'Edit, les jurisconsultes se soient contentés de la tradition, alors même que cette tradition n'avait pas, dans des cas exceptionnels, fait acquérir la possession juridique.

On comprend, d'autre part, que se plaçant au point de vue de l'esprit de l'Edit, la jurisprudence romaine ait pu assimiler à la tradition une prise de possession sans vices.

Mais on ne comprendrait point qu'elle eût accordé la Publicienne lorsqu'il n'y avait ni tradition, ni prise de possession, dans des cas qui ne rentraient par conséquent ni dans la lettre ni dans l'esprit de l'Edit.

Au fond, le préteur exige non seulement que le demandeur ait été un acquéreur légitime, que sa bonne foi ait été appuyée sur un juste titre, mais encore qu'elle ait été corroborée par un état de fait. Donc il voudra, et avec raison, que la *justa causa* ne soit pas isolée ; il voudra qu'à côté de l'acte juridique et de la croyance qu'il inspire, il y ait un fait matériel venant les corroborer. La Publicienne a en effet pour but de protéger une situation acquise, tant qu'un meilleur droit n'est pas prouvé. Cette situation acquise, ou propriété de fait

15. Pour la première idée, Ant. Faber, *Ration. ad h. l.* t. VII, p. 343 ; Heineccius, *Edict. perp. rest.* tit. XXXVII. n. c. — Pour la seconde : Cujas, t. VII, p. 343 ; Voët, *h. t.* n. 2 ; Sintenis, *Das pract. gem. Civilrecht*, t. I, p. 527, n. 10, 1. § 53, Ann. 11. — Voy. aussi Savigng, System. IV, p. 246, cités par Pellat. Ajoutez : Pagenstecher, *Die rœmische Lehre von Eigenthum* etc., III, p. 196-198 ; Keller, *Pand.* p. 292, p. 81 et s., cités par Windscheid *Pand.* I, § 199 note 9. — Schulin : *Vierteljahresschrift*, 1876, p. 526 et s. — Schirmer, *eod.*, p. 347 et s. — Gimmerthal, p. 81 et s.

n'est autre que la propriété prétorienne. Or, peut-on dire qu'il y ait situation acquise, *propriété de fait*, lorsqu'aucun rapport matériel n'a été établi entre la chose et l'ayant droit ?

Cette conclusion *a priori* reçoit d'ailleurs la plus éclatante confirmation lorsqu'on jette un coup d'œil sur les textes.

Gaius exige manifestement la possession lorsqu'il nous dit, L. 13, pr. D., *h. t.* :

Quæcumque sunt justæ causæ adquirendarum rerum, si ex his causis nancti res amiserimus, dabitur nobis, earum rerum persequendarum gratia, hæc actio. — §1. *Interdum quibusdam nec ex justis possessionibus competit Publicianum judicium ; namque pigneratitiæ et precariæ possessiones justæ sunt, sed ex his non solet competere tale judicium, illa scilicet ratione, quia neque creditor neque is qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem ut credat se dominum esse.*

Le sens du mot *nancti* n'est pas douteux, puisque le jurisconsulte l'emploie immédiatement après en y joignant le mot *possessionem.*

Le legs, l'adjudication, etc., sont par eux-mêmes, des *justæ causæ adquirendarum rerum.* Eh bien ! il faut qu'en vertu de ces causes on ait été *nanctus* (NANCTI), et puis qu'on ait perdu la possession (*res amiserimus*). Ce texte qui pose une règle générale est donc absolument probant.

Tout aussi décisif est le fragment 12, § 7, (Paul) : « *Sed etiam is qui momento possedit, recte hac ratione experitur.* »

Si le jurisconsulte trouve utile de nous dire qu'une possession d'un instant est suffisante, cela implique nécessairement que la possession était exigée.

129. — 2° Dans un second système on dit au contraire : la possession n'est requise que lorsqu'elle est nécessaire

pour l'acquisition de la propriété, comme en cas de vente par exemple. Mais si l'acte d'acquisition est par lui-même translatif de propriété, la Publicienne compète à l'acquéreur même s'il n'a jamais eu la possession [16].

Ainsi la Publicienne protégerait non seulement l'acquéreur in *via usucapiendi*, mais encore toute personne au profit de laquelle s'est produit un fait de nature à faire acquérir la propriété [17].

Quelques partisans de ce système en restreignent l'application au cas où l'auteur de l'acquéreur a été en possession (Vangerow et Sell, *Rom. Lehre der dinglichen Rechte*, t. I, p. 407, 412); il serait étonnant, disent-ils avec raison, qu'on pût par un legs procurer à quelqu'un l'action publicienne pour une chose appartenant à autrui et que l'on ne possède même pas. Cette restriction, dont les textes ne portent aucune trace, condamne ce système qui n'a d'ailleurs pas fait école. Schmid, (*Handbuch des gemeinen deutschen burg. Rechts*, t. I, p. 361, cité par Pellat) exige même chez l'auteur une *bonæ fidei possessio*, ce qui est certainement inexact, puisqu'en matière d'usucapion la mauvaise foi de notre auteur à titre particulier ne nous nuit pas [18].

Huschke restreint aussi ce système. Il ne l'applique ni au cas de mancipation ou de cession *in jure* ni à celui de legs per *vindicationem* [19].

16. En ce sens Windscheid, § 199, 2, note 9. — Vangerow, I, § 335, II, 1, a, et les auteurs cités. — Voyez aussi en ce sens les auteurs cités par Pellat, p. 455, note 4. — Enfin, celui qui a donné à ce système son plus grand développement, c'est Huschke, *op. cit.* p. 8, 19, 20, 25, 50 *in fine*, 51, 52. Voy. aussi notes 76, 96 et Gœppert, *Ueber die organischen Erzeugnisse*, 1869, p. 348; Gœschen, *de rebus nunquam possessis actione Publiciana petendis*, Stahi Saxon. 1862, ce dernier cité par Schulin, *Vierteljahresschrift. loc. cit.*

17. L'expression employée par les jurisconsultes allemands est : *der redliche Erwerber*, l'acquéreur légitime, le propriétaire putatif.

18. L. 5 pr., D., *De diversis temp. præscript.*, 44, 3. — Voy. aussi L. 7, § 11, D., *h. t.*

19. *Système de Huschke* : — Si l'on a reçu mancipation ou cession *in jure*, mais non tradition, on n'a pas la Publicienne, dit Huschke (p. 50 *in fine* et s.);

Voyons sur quels textes Huschke pense pouvoir appuyer son système.

on n'a pas la Publicienne, parce que, même si l'aliénateur était propriétaire on n'aurait acquis que le *nudum jus quiritium* et non l'*in bonis* ; — de même que la simple tradition d'une *res mancipi*, transfère l'*in bonis* à l'*accipiens* et laisse au *tradens* le *nudum jus quiritium*, — de même à l'inverse la mancipation sans tradition laisse l'*in bonis* aux mains de l'aliénateur et ne fait passer à l'acquéreur que le *nudum dominium ex j. Q.* La mancipation isolée de la tradition donnera à l'acquéreur la revendication (L. 16, D., *De fundo dotali*, 23, 5), elle ne lui donnera pas la Publicienne. Dans l'hypothèse prévue par ce texte une femme avait donné en dot à son mari un immeuble qu'un tiers possédait et était en train d'usucaper; la femme ne pouvait donc en faire tradition au mari, puisqu'elle ne possédait pas cet immeuble. Elle pouvait seulement le lui manciper ou le lui céder *in jure*. Dans ces conditions, le mari n'aurait acquis, suivant Huschke, que le *nudum jus quiritium*.

Huschke, si nous le comprenons bien, voit encore un cas de transmission du *nudum jus quiritium* dans l'hypothèse prévue par la L. 16. § 2, D., *De evict.*, 21, 2. Pomponius y parle d'un esclave évincé sur l'acheteur avant d'être devenu sa propriété : « *in bonis meis factus* ». Le vendeur aurait mancipé, mais non livré l'esclave. Cette explication est inadmissible, car si l'esclave n'avait pas été livré, il ne pourrait être évincé *sur l'acheteur*. Le texte suppose que l'acheteur n'est pas encore devenu propriétaire bien qu'ayant reçu tradition, et il désigne cette propriété non acquise par les mots : *in bonis*; l'explication la plus naturelle c'est que l'acheteur n'a pas encore payé le prix; dans ce cas, il n'a pas l'*in bonis* à l'égard de son vendeur; voyez *supra*, Chapitre XII et *infra* Chapitres XXX et XXVI.

Ce texte expliqué, revenons au principe posé par Huschke. Sans doute la mancipation, isolée de la tradition, ne fait pas acquérir la Publicienne. Sur ce point nous sommes parfaitement d'accord avec Huschke. Mais, si l'acquéreur malgré la mancipation n'a pas la Publicienne, c'est tout simplement parce que n'ayant pas reçu tradition, il ne remplit pas les conditions de l'Édit.

Il peut revendiquer sans avoir à craindre aucune exception, ce qui n'est pas le cas d'une personne ayant le *nudum jus quiritium*.

Lui refusera-t-on la propriété des fruits, le part de l'esclave, le droit d'affranchir? Il faudrait aller jusque-là.

Huschke (note 76) n'accorde pas non plus la Publicienne au légataire *per vindicationem* d'une chose n'appartenant pas au testateur, parce que le legs *per vindicationem* est nul lorsqu'il porte sur la chose d'autrui.

Mais alors comment se fait-il que dans ce cas (à la condition d'avoir pris possession bien entendu) on usucape *pro legato?* L. 8, D., *Pro legato*, 41, 8. Dans le système de Huschke on devrait usucaper *pro suo*, car on n'a absolument aucun titre. Si ce legs nul suffit, avec la possession, pour fonder l'usucapion, et si la possession n'est pas requise dans la Publicienne lorsque la *justa causa* est de sa nature translative de propriété, on ne voit pas du tout pourquoi le légataire n'aurait pas la Publicienne.

Si le legs *per vindicationem* est nul quand il porte sur la chose d'autrui, c'est uniquement parce que le testateur ne saurait disposer de la propriété d'autrui, et que ce legs manquant du seul effet qu'il puisse produire (avant le Sne. Néronien) n'en peut plus avoir aucun. Il est nul comme aliénation de la chose d'autrui, mais non comme juste titre d'usucapion.

On comprend d'ailleurs pourquoi Huschke a voulu exclure ces deux cas de l'application de son système. C'est pour éviter le reproche auquel Vangerow a essayé d'échapper d'une manière non moins malheureuse. On peut léguer,

Il invoque d'abord la L. 3, § 1, D., *h. t.* Ulpien, continuant son commentaire nous dit : *Ait Prætor* :

céder *in jure*, manciper sans avoir jamais eu la possession de la chose, et il serait vraiment surprenant que l'on pût procurer la Publicienne à l'acquéreur pour une chose appartenant à autrui et qu'on ne possède même pas. Huschke recule devant cette conséquence logique de son système, mais la restriction qu'il y apporte nous paraît tout à fait arbitraire.

Il faudrait aussi, dans ce système, donner la Publicienne à l'héritier, même avant qu'il ait pris possession, à l'égard des choses qu'il a cru être comprises dans la succession. On ne voit pas pourquoi Huschke (p. 52 et note 100) exige en outre que le défunt ait eu la Publicienne. La succession universelle est translative de propriété indépendamment de toute prise de possession ; il n'est donc pas logique, dans le système de Huschke, d'exiger une autre condition.

Au contraire si l'on exige la tradition, ou tout au moins une prise de possession sans vices, on ne pourra donner la Publicienne à l'héritier avant qu'il ait pris possession. Que si le défunt avait cette action, l'héritier héritera de cette action comme de tous les autres droits du défunt ; c'est la Publicienne du défunt qu'il pourra intenter, et non pas une Publicienne qu'il aurait personnellement acquise.

Ainsi Huschke, tout en admettant que la Publicienne compète, indépendamment de toute tradition, lorsque le mode d'acquisition invoqué par le demandeur est, par lui-même, translatif de propriété, est obligé d'apporter à ce principe des exceptions insuffisamment justifiées.

Toutes ces restrictions condamnent d'avance le système qui se voit forcé de les admettre.

Huschke n'entend appliquer sa doctrine qu'aux cas suivants.

1° *Dans le Droit de Justinien*, au legs d'une chose que l'on croyait appartenir au défunt, parce que le motif plus ou moins sérieux qui permettait à Huschke d'écarter ce cas dans le droit antérieur, à savoir la nullité du legs *per vindicationem* portant sur la chose d'autrui, ce motif disparaît dans le droit de Justinien. Mais alors on peut en léguant la chose d'autrui qu'on n'a jamais possédée, procurer la Publicienne au légataire même avant qu'il ait pris possession, de sorte que tous les efforts tentés par le savant auteur pour éviter cette conséquence inadmissible, deviennent stériles.

2° Aux divers cas d'acquisition *lege*, bien que les textes n'en disent rien (les caduques, la *pœna commissi*, les peines du divorce, L. 8, 14, 16 § 10 D., *De Publicanis*, 39, 4.)

3° A l'adjudication, L. 7 pr., D., *h. t.* — Comp. L. 17, D., *De usurp.*, 41, 3.

4° A l'*addictio bonorum* au profit de l'*emptor bonorum* dans l'ancienne *venditio bonorum* : L. 1, § 7 D., *Pro empt.*, 41, 4. Ecartons tout de suite ce cas. L'*emptor bonorum* ne peut avoir, avant d'avoir pris possession, d'autre Publicienne que celle du *defraudator*. Le préteur la lui donnera, comme toutes les autres actions du failli, avec les formules spéciales imaginées par Rutilius et par Servius (voy. Gaius, IV, § 35). Après avoir pris possession, il pourrait, croyons-nous, avoir la Publicienne de son propre chef, pour les choses dont le failli était *possesseur*, même de mauvaise foi, car en définitive il a acheté tout ce que le failli possédait. (Voyez *supra*, n° 3, p. 7, 4° et p. 8). Mais il n'aurait pas l'action pour les choses dont le failli n'était que détenteur, par exemple dépositaire : « *quia empta non sunt* », comme le dit le texte cité.

5° Enfin à l'alluvion, au lit abandonné par le fleuve, aux matériaux d'un édifice démoli, aux produits dont le possesseur de b. f. ne devient pas propriétaire, comme le part de la femme esclave. Dans tous ces derniers cas il suffit qu'on ait *justa causa* pour la chose principale. L. 11, § 2-8 D., *h. t.*

« Ex justa causa petet. » — *Qui igitur justam causam traditionis habet, utitur Publiciana.*

D'après Huschke, Ulpien voudrait dire par là que, dans l'intention du préteur, il suffit d'une acquisition *ex justa causa;* c'est-à-dire sans doute d'une acquisition *justa* ; la tradition ne serait qu'un élément secondaire, requis seulement lorsqu'il n'y avait point d'acte qui fût par lui-même translatif de propriété.

Evidemment telle n'est pas la pensée d'Ulpien. Car il ajoute : la *justa causa* dont parle le préteur doit être une *justa causa traditionis*, elle doit être de nature à justifier une tradition.

Il s'agit ici, non plus de savoir si la tradition est indispensable, mais de préciser la nature de la *justa causa*. Cette *justa causa* peut d'ailleurs consister, soit dans un fait par lui-même translatif de propriété, soit dans un acte juridique en vertu duquel la tradition subséquente transférera la propriété. Dans le premier cas la tradition peut être suppléée par une prise de possession spontanée, mais sans vices ; dans le second cas elle est indispensable (L. 5, L. 33, D., *De adq. rer. dom.* 41, 1).

130. — Dans les systèmes d'après lesquels un acte translatif de propriété suffit pour autoriser la Publicienne, alors même qu'il n'y aurait eu ni tradition ni prise de possession, on invoque encore la L. 1, § 2, D., *h. t.* ; Ulpien dit, en parlant du Préteur :

Sed cur traditionis duntaxat et usucapionis fecit mentionem, quum satis multæ sint juris partes quibus dominium quis nancisceretur, utputa legatum.

(Ici les compilateurs ont intercalé un fragment de Paul qui forme la L. 2, D., *h. t.*) Le commentaire d'Ulpien reprend à la l. 3 :

Mais dans ces cas la tradition dont la chose principale a été l'objet, s'applique par extension aux accessoires, etc. Voyez *infra*, Chapitre XIV.

« *Sunt et aliæ pleræque.* »

Ainsi Ulpien se demande pourquoi le Préteur ne mentionne que la tradition et l'usucapion alors qu'il y a plusieurs institutions juridiques, par exemple le legs, d'autres encore, en vertu desquelles on acquerrait la propriété.

Les auteurs cités plus haut, note 16, à l'exception de Huschke [20] interprètent ce texte dans le sens suivant :

Ulpien critiquerait la rédaction de l'Edit ; selon le jurisconsulte, tout mode d'acquérir la propriété, comme le legs, la mancipation, la cession *in jure*, mettrait l'acquéreur à même d'intenter la Publicienne indépendamment de toute tradition ; le Préteur aurait eu tort de ne parler que de la tradition.

Ce système a d'abord le tort de faire jouer à Ulpien un rôle singulier ; on comprendrait que, s'appuyant sur les intentions évidentes du préteur, il assimilât une prise de possession sans vices à une tradition, et critiquât le mot de tradition comme étant un peu

20. Huschke n'invoque pas ce texte à l'appui de son système, exposé plus haut note 19, mais il est bon d'indiquer ici comment il l'interprète. D'après cet auteur, les compilateurs ont supprimé la réponse faite par Ulpien à la question qu'il se posait dans la L. 1, § 2 : *Sed cur traditionis duntaxat et usucapionis fecit mentionem?*

A cette question Ulpien répondait, suivant Huschke, par une explication historique. Le préteur n'a pensé qu'à l'acquéreur d'une *chose mancipi* acquise *a domino* ; il ne mentionne que la tradition, parce que les autres modes d'acquisition, tels que le legs, la mancipation, auraient donné à l'acquéreur la revendication. C'est donc seulement en cas de tradition que l'acquéreur a besoin de la Publicienne, et voilà pourquoi le préteur n'a parlé que de tradition. Les compilateurs ont retranché cette explication historique, qu'ils ne pouvaient maintenir, puisqu'il y était question de *res mancipi* et que cette division des choses n'existait plus de leur temps.

Cette explication impliquerait nécessairement que l'Édit a été fait à l'origine exclusivement pour le propriétaire bonitaire. Mais Huschke admet au contraire, (voy. *supra*, Chapitre III) que l'Edit a été fait au moins autant pour l'acquéreur de bonne foi *a non domino* que pour le propriétaire bonitaire, acquéreur *a domino*. Il y a donc contradiction.

En outre, si Ulpien avait pensé au cas où l'on acquiert *a domino*, parlant des modes d'acquisition autres que la tradition, il aurait écrit : *juris partes quibus quis dominium* NANCISCITUR, au présent, et non pas : *nancisceretur*, au conditionnel.

étroit; mais ajouter à la tradition mentionnée par le préteur tous les autres modes d'acquisition de la propriété, ce serait refaire l'Edit au lieu de l'interpréter; le jurisconsulte serait sorti de son rôle.

L'explication du texte pèche d'ailleurs d'un autre côté.

Pourquoi Ulpien dit-il: *quum satis multæ sint juris partes quibus quis dominium* NANCISCERETUR? Pourquoi ce verbe au conditionnel: *nancisceretur?*

Pourquoi dire: « des institutions du droit en vertu desquelles on *acquerrait,* la propriété » pourquoi ne pas dire: on *acquiert?* Il y a donc un obstacle à l'acquisition?... Dans le système que nous combattons, cet obstacle, c'est le défaut de propriété chez l'*aliénateur*; on acquerrait la propriété si l'*alienateur* était propriétaire. Mais, s'il en était ainsi, Ulpien aurait écrit *nanctus esset*, et non pas *nancisceretur!* Il aurait dit: « des institutions en vertu desquelles on *eût acquis* la propriété, si l'aliénateur eût été propriétaire. » Ulpien commente l'Edit qui promet l'action, il se place donc au moment où cette action est intentée, pour voir si elle réunit les conditions voulues. A ce moment on doit dire que l'acquéreur *eût acquis* la propriété, si l'aliénateur avait été propriétaire. Sans ce défaut de propriété chez l'*aliénateur*, c'est au moment de l'aliénation que l'*accipiens aurait acquis* (et non pas *acquerrait*) le *dominium.*

Enfin le système que nous combattons interprète le texte comme s'il y avait: « *sed cur traditionis duntaxat fecit mentionem* » et néglige les mots « *et usucapionis* » qui se trouvent après *duntaxat* [21]; il faut pourtant les expliquer.

21. Lenel, (Beitræge, p. 36 et s.) traduit au contraire comme s'il y avait: « *cur usucapionis fecit mentionem* », en supprimant le « *traditionis duntaxat* ». Celui qui a reçu tradition d'une *res mancipi* (on sait que d'après Lenel l'Édit rapporté, L. 1, D., *h. t.* se reférait à ce cas: voyez plus haut. Chapitre IV)

131. — L'explication véritable de ce texte est, à nos yeux, celle qui a été donnée par Schirmer.

Ulpien reproche au préteur de n'avoir parlé que de la tradition (*traditionis duntaxat*), et remarquez que le mot *duntaxat* porte uniquement sur « *traditionis.* »

Le préteur, il est vrai, a aussi parlé d'usucapion, mais d'*une usucapion non encore accomplie*; par conséquent, lorsqu'Ulpien ajoute qu'il y a encore *satis multæ juris partes, quibus dominium quis nancisceretur*, il n'a pas l'intention de dire : « des modes d'acquérir autres que l'usucapion, » car l'usucapion *dont il est ici question*, n'étant pas encore accomplie, ne constitue pas un mode d'acquérir!

Par suite, le seul sens que nous puissions attribuer à la phrase est celui-ci :

« Pourquoi ne parle-t-il que de la tradition, et de l'usucapion (non encore accomplie) qui la suit, qui en résulte, alors qu'il y a des institutions juridiques, autres que la tradition, en vertu desquelles on acquerrait la propriété (par usucapion)... »

On acquerrait..., mais on n'acquiert pas. Quel est donc l'empêchement? Ce ne peut être, nous venons de le montrer, le manque de droit chez l'aliénateur; ce doit donc être nécessairement l'interruption de la possession. On acquerrait..., si on possédait assez longtemps;

peut en devenir propriétaire par usucapion; mais il peut aussi l'acquérir par d'autres modes, par exemple si l'aliénateur lui mancipe ultérieurement la chose, la lui cède *in jure*, la lui lègue. Le préteur lui promet la Publicienne, s'il n'a pas usucapé, car dans ce dernier cas il n'a plus besoin de notre action. Ulpien dirait, d'après Lenel : Le préteur aurait dû ajouter : « ou s'il n'a pas acquis la propriété par un autre mode. »

Nous ne croyons pas que cette explication recrute beaucoup d'adhérents. Elle néglige le « *traditionis duntaxat* ». Puis Ulpien aurait dû alors écrire : « *quo quis dominium nancisci potest* » ou « *nanciscetur* » au futur. Enfin Ulpien ne parle pas de l'usucapion pour dire que, si l'usucapion est accomplie, on n'a plus besoin de la Publicienne; il a déjà dit cela au § 1; au § 2 il parle *de l'usucapion que mentionne le préteur*, or cette usucapion-là, c'est une usucapion *non encore accomplie.*

22. Schirmer, *Vierteljahresschrift*, t. XVIII, p. 347 et s.

on n'acquiert pas parce qu'on est dépossédé avant l'accomplissement de l'usucapion. C'est précisément le cas où l'on a la Publicienne.

Terminons donc la phrase laissée en suspens : *on acquerrait la propriété..... par usucapion, si l'on avait possédé assez longtemps*[23].

On voit comme cette interprétation rentre dans l'idée générale de la Publicienne. Quels sont donc ces cas où l'on usucaperait sans tradition ?

C'est d'abord le cas de legs *per vindicationem;* le légataire qui, sans avoir reçu tradition, prend possession sans vices, usucape[24]. Cette hypothèse est la première qui se présente à l'esprit, c'est aussi la seule qu'Ulpien cite; il ajoute qu'il y en a plusieurs autres.

En effet, on peut en mentionner encore six : la *ductio noxalis* en vertu de la permission du préteur lorsque le possesseur de l'esclave auteur du délit ne défend pas à l'action noxale[25]; la *missio in possessionem ex secundo decreto damni infecti nomine*[26] ; le cas d'usucapion au titre *pro derelicto*[27], à moins qu'on ne voie là une *traditio incertæ personæ*, comme le pensait Pomponius[28] ; l'*adjudicatio*, dans une action en partage, d'une chose non comprise dans la succession[29] ; enfin les deux cas d'*usureceptio*[30], car on ne recherche pas alors de quelle manière l'ancien propriétaire s'est remis en possession de la chose dont il recouvre la propriété par usucapion. En ajoutant le legs, cité par Ulpien, nous arrivons au total de sept cas dans lesquels, quoiqu'il n'y ait pas de tradition, on acquerrait par

23. Schirmer, *loc. cit.* p. 352.
24. L. 8, D., *Pro legato*, 41, 8.
25. L. 6, D., *h. t.* — L. 28, in fine, D., *De noxal. act.*, 9, 4.
26. L. 15, § 16, L. 18, § 15, D., *De damno infecto*, 39, 2.
27. L. 4, D., *Pro derelicto*, 41, 7.
28. L. 5, D., eod.
29. L. 17, D., *De usurp.*, 41, 3. — L. 7, pr., D., *h. t.*
30. G., II, § 59, 60, 61.

usucapion, ce qui correspond parfaitement aux mots *satis multæ* dont se sert Ulpien ; la diversité de ces cas explique aussi pourquoi il emploie, pour les désigner, l'expression large et générale de « *juris partes.* »

Ainsi la L. 1, § 2, *h. t.* ne prouve nullement qu'un acquéreur en vertu d'une cause, en soi translative de propriété, puisse avoir la Publicienne avant d'avoir pris possession.

132. — Voyons si les autres textes sont plus favorables à la doctrine de Huschke et de Windscheid.

Ecartons tout d'abord du débat la L. 7, pr., *h. t.*

Sed si res adjudicata sit, Publiciana actio competit.

Ulpien, qui dans la L. 3, § 1, a pris soin de dire qu'il y avait eu tradition dans les cas où la *justa causa* consiste dans une constitution de dot ou dans un jugement [31], n'en parle plus au cas d'adjudication, d'où l'on pourrait peut-être vouloir conclure que le copartageant a la Publicienne pour les choses mises dans son lot par l'adjudication, avant même d'avoir reçu ces choses ou d'en avoir spontanément pris possession. Sans doute la tradition n'est pas requise ici. Dans un partage amiable, il y aurait tradition, mais il en est autrement d'un partage judiciaire, dans lequel l'allotissement fixé par le juge peut être tout à fait contraire à la volonté de certains copropriétaires. Une fois la sentence rendue, chacun prend naturellement possession de son lot. Mais si la tradition n'est pas requise, ce n'est pas qu'il y ait pourtant ici dérogation à la règle, et que l'on puisse intenter la Publicienne sans avoir eu la possession.

En règle générale, d'ailleurs, les copartageants seront tous en copossession [32], chacun pour sa part in-

31. *Ei cui dotis nomine tradita res est... item ei cui res ex causa judicati sit tradita.*

32. Comparez L. 1, § 1, D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — Si le cohéritier qui in-

divise. L'élément matériel de la possession, le *corpus* existe donc au profit de chacun d'eux pour chacune des choses à partager. A ce moment, chacun d'eux n'a l'*animus domini* que pour sa part indivise dans chaque objet. Mais, une fois l'allotissement fait par l'adjudication, cet *animus domini* se transforme pour chaque héritier, qui se considère désormais comme propriétaire exclusif des choses mises dans son lot. En fait, chacun d'eux jouit désormais exclusivement du lot qui lui est attribué, et cette jouissance exclusive est une conséquence tellement naturelle de l'adjudication, qu'il n'était pas nécessaire de l'indiquer.

La tradition n'est donc pas requise ici, la prise de possession spontanée suffit, elle met le copropriétaire alloti *in via usucapiendi :*

L. 17, D. *De usurp.*, 41, 3: *Si per errorem de alienis fundis, quasi de communibus, judicio communi dividundo accepto, ex adjudicatione possidere cœperim, longo tempore capere possum.*

De même, dans la L. 7, § 1, prévoyant le cas où le défendeur, n'ayant pas restitué la chose réclamée, a payé la *litisæstimatio*, le jurisconsulte ne parle ni de tradition ni de prise de possession, par la raison toute simple que le défendeur, qui va acquérir la Publicienne par le paiement de la *litisæstimatio*, est déjà en possession. Peu importe d'ailleurs qu'au moment où il paie la *litis æstimatio*, il n'ait plus la possession, qu'il l'ait, par exemple, perdue par sa faute. Car il a possédé antérieurement, peut-être sans titre et sans droit à la Publicienne, mais maintenant il a un titre. L'acquisition du titre peut être postérieure à l'acquisition de la possession

tente l'action en partage n'était pas en possession de sa part indivise, l'autre cohéritier pourrait soulever une question préjudicielle en contestant la qualité d'héritier du demandeur, et l'obliger à intenter au préalable la pétition d'hérédité.

session : L. 9, § 2, D., *h. t.* : *Sed etsi præcessit traditio emptionem, idem erit dicendum.*

Ulpien, parlant du coéchangiste [33], n'ajoute pas non plus que celui qui s'est exécuté le premier doit, pour avoir droit à la Publicienne, avoir reçu tradition de la chose promise en contre échange ; en conclura-t-on qu'il pourrait intenter notre action avant cette tradition reçue ? Nul ne le soutiendrait.

Si nous supposons que l'un des cohéritiers n'a pas été mis en possession de son lot, ce qui sera bien rare, je ne crois pas que la Publicienne puisse lui compéter. Mais il ne sera pas désarmé pour cela. Si le défunt était propriétaire de l'objet et si l'instance en partage constitue un *judicium legitimum*, le copartageant a la revendication pour réclamer son lot, même aux mains des tiers qui auraient acquis depuis l'adjudication. Si l'instance ne constituait pas un *judicium legitimum*, la revendication serait remplacée par les actions particulières, et probablement fictices, que le préteur donne en pareil cas. L. 44, § 1, D. *Fam. ercis.*, 10, 2 :

Si familiæ erciscundæ vel communi dividundo actum sit, adjudicationes prætor tuetur, exceptiones aut actiones dando.

Paul parlait ici d'une instance qui n'était pas un *judicium legitimum*. Ces mêmes actions se donnaient sans doute dans le cas où le défunt n'était qu'un possesseur de bonne foi. Par une fiction, il était facile d'attribuer à l'héritier alloti, pour la chose tombée dans son lot, la Publicienne du défunt comme s'il eût été son unique héritier.

133. — Arrivons à la L. 12, § 1 : *Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nanctus possessionem, uti potest Publiciana.*

33. L. 7, § 5 : *Sed si permutatio facta sit, eadem actio competit.*

Ce texte ne peut signifier qu'une chose, à savoir que le fidéicommissaire succède à la Publicienne que le défunt avait [34].

En effet il ne peut pas vouloir dire que le fidéicommissaire acquiert la Publicienne à raison de choses qui ne faisaient pas partie de la succession, et ce, même avant d'en avoir pris possession. Comme il ne saurait être traité plus favorablement qu'un héritier, il faudrait étendre la solution à tous les héritiers, et alors nous aboutirions à cette conséquence inouïe : il suffirait à un héritier de se figurer que la succession à laquelle il est appelé contient telle ou telle chose, pour pouvoir réclamer cette chose par la Publicienne, même avant d'en avoir pris possession ! (Voyez *infra* nos 200 à 203.)

On ne comprend donc pas que Windscheid ait cité ce texte à l'appui de sa thèse d'après laquelle la possession n'est pas nécessaire.

Huschke lui-même, pour le droit de Justinien, interprète le texte comme nous le faisons [35]. Mais, d'après lui, Paul aurait voulu dire que le fidéicommissaire n'a que la Publicienne là où le défunt avait la revendication, parce que cette espèce de succession ne confère que l'*in bonis*.

Il est vrai que les textes appellent *successeur prétorien* le fidéicommissaire à qui l'hérédité a été restituée en vertu du Snc. Trebellien [36].

Mais cela veut dire que le fidéicommissaire n'a point les actions directes du défunt ; il a toutes ces actions, mais à titre d'actions utiles seulement ; « *ficto se herede* » [37]. Donc, si le défunt avait la revendication,

34. *Sic* : Pellat, p. 563. 564, et les auteurs cités. — Keller, Pand. p. 292, note 2. — Schirmer, *loc. cit.*, p. 358.

35. Comp. p. 11 et p. 52, note 10, *op. cit.*

36. L. 2, § 19, D., *Pro emptore*, 41, 4. — L. 24, § 1, D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — Voy. aussi L. 63. D., *Ad Snc. Trebell.*, 36, 1.

37. G., II, § 253.

le fidéicommissaire l'aura aussi, mais accompagnée d'une fiction par laquelle il sera censé être héritier.

Il se trouve exactement dans la situation du *bonorum emptor* et du *bonorum possessor* qui emploient aussi des actions munies de la même fiction, et dont on dit qu'ils ont seulement l'*in bonis* [38]. On appelle donc propriétaires bonitaires, non seulement ceux qui ont contre tous une Publicienne efficace, mais encore tous ceux qui, par l'effet d'une fiction quelconque, peuvent se faire considérer comme propriétaires quiritaires. Le possesseur publicien, lui aussi, est une personne qui, par le moyen d'une fiction peut se faire considérer comme propriétaire quiritaire.

Cela posé, de deux choses l'une :

Ou le défunt était propriétaire, et alors, le fidéicommissaire a la revendication *ficto se herede ;* la Publicienne serait ici une superfétation ; tout au moins le jurisconsulte ne nous la signalerait pas.

Ou bien le défunt n'était pas propriétaire, mais seulement possesseur, et alors le fidéicommissaire continue la possession du défunt, avec tous ses caractères [39] ; par conséquent si la possession du défunt réunissait les conditions voulues pour la Publicienne, alors, mais alors seulement, le fidéicommissaire succède à cette action, comme à toutes les autres; il n'a pas besoin d'avoir lui-même pris possession [40].

Notre texte ne peut donc parler que de la Publicienne du défunt. Elle passe aux successeurs prétoriens, comme aux héritiers du droit civil, L. 7, § 9, D., *h. t.*

38. G., II, § 80; IV, § 34 et 35. — Voyez *supra* n° 3.

39. L. 2, § 19, D., *Pro emptore*, 41, 4.

40. Resterait un cas, celui où le défunt n'était ni propriétaire ni possesseur: notre fidéicommissaire, ou plus généralement tout héritier, qui *prendrait possession* d'une chose qu'il croyait appartenir à la succession, usucaperait *pro herede*, L. 3, D., *Pro herede*, 41, 5, mais aurait-il droit à la Publicienne? Voyez *infra* Chapitre XV, nos 200 à 203.

Reste à expliquer pourquoi Paul a cru utile de nous signaler d'une manière spéciale qu'elle passait au fidéicommissaire à qui la succession était restituée *en vertu du Trébellien*, et qu'il n'était pas nécessaire, *dans ce cas*, que le fidéicommissaire eût pris possession.

La raison est bien simple. Si l'hérédité avait été restituée en vertu du Snc. Pégasien, le fidéicommissaire ne serait pas *un successeur à titre universel* du défunt, mais un successeur à titre particulier [41]. Or, un acquéreur à titre particulier ne succède point à la Publicienne de son auteur; il a, ou non, cette action, suivant qu'il remplit ou non, *personnellement*, les conditions nécessaires.

Par conséquent le fidéicommissaire qui recevait l'hérédité en vertu du Pégasien, ne pouvait exercer la Publicienne qu'après avoir reçu tradition des choses héréditaires [42].

41. On sait que le Pégasien s'appliquait : 1° Lorsque le testateur n'ayant laissé au fiduciaire ni le quart de l'hérédité ni des objets particuliers, le fiduciaire réclamait la quarte Pégasienne. Alors, on le sait, le fidéicommissaire était *loco legatarii partiarii*. G. II, § 256, 257. — Ulp. *Regulæ*, 25 §§ 14, 15. — Paul, Sent. IV, 3. — Or, le legs partiaire est, au fond, un legs *per damnationem* (L. 26, § 2, D., *De legat.* 1°, 30. — Ulp. *Regulæ*, 24, § 25. — Theoph., II, 23, § 5), le légataire partiaire n'est qu'un créancier ; lorsqu'il reçoit son legs, il reçoit un paiement ; c'est un acquéreur à titre particulier, c'est au titre *pro soluto* qu'il usucaperait la chose payée. Il faudra donc qu'il soit de bonne foi, et qu'il ait reçu tradition, en un mot qu'il remplisse personnellement les conditions exigées pour l'usucapion et pour la Publicienne. — 2° Le Pégasien s'applique encore, du moins dans l'opinion qui l'emporta, lorsque le fiduciaire qui n'avait pas reçu la quarte, ne voulait pas la retenir (Inst. II, 23, § 6. — Ulp. 25, § 14. — G., II, § 257. — Comp. Paul, Sent. IV, 3, § 2. — L. 45, D., *Ad Snc. Trebell.*, 36, 1.) Dans ce cas le fidéicommissaire se trouvait *loco emptoris hereditatis ;* or, un acheteur d'hérédité n'a la Publicienne pour les objets de l'hérédité, qu'après qu'il a reçu tradition de ces choses, L. 9, § 3, D., *h. t.*

42. Rapprochez la L. 50, D., *De reiv.*, 6, 1 : *Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione agi poterit antequam traditus sit ager, tuncque possessio amissa sit.* — § 1. *Sed heres de eo quod hereditati obvenerit recte aget, etiamsi possessionem ejus adhuc non habuerit.*

Il s'agit ici de Publicienne, non de revendication, car le bien vendu est un *ager, res mancipi* par conséquent, donc la tradition ne suffirait pas à l'acquéreur pour avoir droit à la revendication. (Voy. en ce sens Lenel, *Edictum*, p. 129, note 10. — Comp. Pellat, p. 315). L'héritier a la Publicienne à raison

Il en était autrement du fidéicommissaire qui pouvait invoquer le Trébellien, parce que ce dernier héritait, comme successeur universel, de la Publicienne du défunt.

Voilà pourquoi Paul a soin de ne pas parler du fidéicommissaire en général, mais seulement de celui « *cui ex* TREBELLIANO *hereditas restituta est.* »

Nous avons déjà expliqué la L. 15, *h. t.* [43], de laquelle on peut rapprocher la L. 9, § 6 et la L. 10.

Dans les cas prévus par ces textes, et par suite de circonstances exceptionnelles, la tradition faite à un esclave n'a pas fait acquérir la possession au maître. Comme l'équité, l'utilité pratique, poussaient à donner pourtant la Publicienne, les jurisconsultes ont profité de ce que la lettre de l'Edit et les termes de la formule parlaient seulement de la tradition *ex justa causa*, sans exiger l'acquisition de la possession juridique [44]. D'ailleurs, exiger que la tradition eût, dans tous les cas, procuré à l'acquéreur la possession juridique, ç'aurait été quelquefois dépasser le but que le préteur a voulu atteindre en réclamant non seulement un acte juridique d'acquisition, mais encore un fait matériel, la tradition, ainsi que nous le verrons avec plus de détail à la fin de ce chapitre.

134. — Reste la L. 11, § 2, *h. t.*

Partus ancillæ furtivæ, qui apud bonæ fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo qui emit possessus non est.

des choses acquises par l'hérédité, et bien qu'il n'en ait pas encore pris possession. C'est ce que nous dit Callistrate au § 1 de notre L. 50. La même règle s'applique au fidéicommissaire qui recueille l'hérédité en vertu du Trébellien, puisqu'il est *loco heredis*. Il en serait autrement pour les motifs indiqués ci-dessus, du fidéicommissaire qui recueille en vertu du Pégasien.

43. Voyez *supra*, Chapitre VIII, n° 82.

44. La formule *suppose*, *feint* la possession, mais ne l'exige pas : « *Si quam rem Stichus, A*i *A*i *servus, emit, et ea ei tradita est, A*us *A*us *anno possedisset...* »

Voici l'hypothèse prévue par ce fragment [45] : Une personne a de bonne foi acheté une esclave qui avait été volée ; elle conçoit chez le possesseur alors qu'il est encore de bonne foi, puis il perd la possession de l'esclave enceinte et elle accouche chez un tiers. Ulpien nous affirme que l'acheteur [46] peut réclamer cet enfant par la Publicienne, bien qu'il ne l'ait jamais possédé ; « *etiam si ab eo qui emit possessus non est* ». Ces derniers mots n'ont pas empêché certains auteurs [47] de

45. *Sic* Basil. XV, 2. 11. Schol. 2 : « *Pone enim ancillam, quæ apud bonæ fidei emptorem conceperat, apud alium peperisse.* — Pellat, p. 518. Cujas ad *h. t.*

46. Suivant Schirmer (*Vierteljahresschrift*, t. 18, p. 359, 360) ce texte n'aurait pas la portée qu'on lui attribue généralement. Il ne dirait point que l'acheteur chez qui le part a été conçu peut réclamer l'enfant même né après qu'il a perdu possession de la mère, mais bien que la Publicienne est recevable (*per hanc actionem petendus est*) de la part d'un tiers possesseur entre les mains duquel l'enfant est tombé plus tard ; il ne s'agirait que du vice de furtivité : Ulpien déciderait qu'il suffit que l'enfant ait été conçu chez un possesseur de bonne foi, pour que le vice fût écarté ; il ne serait pas nécessaire que ce possesseur de b. foi eût possédé l'enfant : « *etiam si ab eo qui emit possessus non est* ».

Cette ingénieuse explication ne résiste pas à l'examen. Pour que le part soit exempt du vice de furtivité il suffit qu'il n'ait pas été conçu chez le voleur. Même conçu chez l'héritier du voleur il n'est pas furtif : voyez Chapitre VI, nos 61 à 65. Si j'achète de bonne foi une esclave furtive, que plus tard j'apprenne la vérité et qu'enfin cette femme devienne enceinte, le part ne sera pas furtif par suite de ma mauvaise foi. — Voyez *supra* Chapitre VI et *infra* Chap. XIV. D'un autre côté Ulpien ne peut pas affirmer qu'un tiers quelconque, acquéreur de l'esclave furtive qui a conçu chez le possesseur de b. foi, ait la Publicienne à raison de l'enfant né chez lui ; il faudrait encore que ce tiers fût de bonne foi au moment de l'acquisition et à celui de la naissance. Il est vrai d'ailleurs que dans le § 2 de la L. 10, D., *De usurp.*, 41, 3, qui précédait notre L. 11, § 2 dans le commentaire d'Ulpien (voy *supra* Chap. VI, n° 63, note 3) il était question de furtivité. Mais ce n'était pas la seule question agitée, la preuve c'est qu'Ulpien, parlant de l'héritier du voleur, ajoute (L. 11, § 2, *h. t.*) : *Sed heres furis hanc actionem non habet quia vitiorum defuncti successor est* (comp. L. 4, § 15, D., 41, 3), c'est-à-dire : bien que le part conçu chez l'héritier du voleur ne soit pas furtif, cet héritier ne peut pas avoir la Publicienne parce qu'il hérite des vices de son auteur.

47. Gimmerthal, § 14. — Schulin, *Ueber einige* etc., p. 122 et Vierteljahresschrift, t. 18, p. 530. Ces auteurs s'appuient bien à tort sur l'adage : *Partus antequam edatur, mulieris portio est*, L. 1, § 1, D., *De inspiciendo ventre*, 25, 4. Ce texte signifie tout simplement que le père ne peut, tant que l'enfant n'est pas né, le réclamer par les actions qui garantissent la puissance paternelle, parce qu'avant sa naissance il n'a pas d'existence distincte de celle de sa mère, et ne saurait, par conséquent, être l'objet de la puissance paternelle. Puis, en admettant l'application, d'ailleurs erronée, de l'adage à notre matière, il n'en faudrait pas conclure qu'on possède l'enfant conçu, autrement on accomplirait l'usucapion trois mois après sa naissance ($3 + 9 = 12$).

soutenir que l'enfant a été possédé comme portion de la mère, mais ils sont tellement clairs que toute réfutation nous paraît superflue ; Ulpien dit expressément que l'acheteur n'a point possédé l'enfant.

Ainsi, il faut le reconnaître, la L. 11, § 2, donne la Publicienne à l'égard d'une chose qu'on n'a jamais possédée. Mais est-ce, comme le soutient Huschke, parce que le *modus adquirendi*, ici l'*accession*, n'exige point une acquisition de possession ? Si c'était vrai, on comprendrait qu'on ait été tenté de généraliser la solution, comme l'ont fait les auteurs que nous combattons. Mais nous allons voir, au chapitre suivant, que si la Publicienne est accordée ici malgré le défaut de possession, cela résulte d'une tout autre idée. Cette idée, c'est l'extension aux produits, aux parties d'une chose, de la tradition *ex justa causa* qui a porté sur la chose principale. Cette extension explique plusieurs textes, elle donne la clef de graves difficultés, il convient donc d'étudier avec soin les principes qui la régissent ; nous consacrerons le Chapitre suivant à cette étude, mais avant de l'aborder il convient de résumer le résultat de nos recherches :

135. — En résumé la tradition *ex justa causa*, ou tout au moins une prise de possession *ex justa causa* et sans vices, est nécessaire pour avoir droit à la Publicienne, et ce, même dans le cas où le *modus adquirendi* peut faire acquérir la propriété sans acquisition de possession.

Nous allons voir, d'ailleurs, que la jurisprudence a étendu la tradition *ex justa causa* aux produits et aux parties détachées de la chose qui a été l'objet de cette tradition.

D'ailleurs, en législation, ce système présente une supériorité réelle sur celui que Huschke a cru trouver dans les textes.

D'une part, le préteur a eu bien raison de ne pas couvrir de sa protection, de ne pas reconnaître comme propriétaire, celui qui justifie *seulement* d'un acte légal d'acquisition, comme par exemple un legs *per vindicationem*, alors que cette acquisition ne s'est révélée au dehors par aucun acte apparent, comme la tradition, ou la prise de possession sans vices qui en est l'équivalent. Il exige qu'il y ait, à côté de l'acte juridique, de la croyance qu'il inspire, à côté de ces phénomènes de l'ordre immatériel, un fait matériel venant les corroborer, et cela est fort raisonnable.

La Publicienne, en effet, a pour but de protéger *une situation acquise*, *la propriété de fait*, tant qu'un meilleur droit n'est pas prouvé.

Mais peut-on dire qu'il y ait situation acquise, propriété de fait, lorsqu'aucun *rapport matériel* n'a été établi entre la chose et l'ayant-droit ? Puis-je me dire propriétaire de fait d'une chose, parce qu'un tiers, dans son testament, me l'a léguée, ou parce qu'il me l'a cédée *in jure ?*

Non évidemment !

Mais si je reçois tradition de cette chose, ou si j'en prends paisiblement et publiquement possession, alors à coup sûr, mais alors seulement, je serai le propriétaire de fait, le propriétaire apparent, j'aurai une situation acquise qui méritera, jusqu'à preuve d'un meilleur droit, le respect de tout le monde et la protection du magistrat, en un mot je serai *propriétaire prétorien.*

D'un autre côté, exiger que cet état de fait, ce *rapport matériel* entre la chose et l'ayant-droit, présentât tous les caractères de la possession *ad interdicta*, ç'aurait été dépasser le but.

Voilà pourquoi il ne sera pas toujours nécessaire que la tradition reçue ait conféré la possession juri-

dique. Si mon esclave en fuite reçoit tradition *ex justa causa*, j'aurai la Publicienne, bien que d'après Pomponius (L. 15, D., *h. t.*) je n'aie pas acquis la possession. Malgré cela n'est-il pas évident que le propriétaire de fait de l'objet acquis par l'esclave, c'est moi et ce ne peut être que moi ?

Si l'on ne me donnait pas une action pour réclamer ces choses livrées à mon esclave fugitif, alors tout tiers pourrait s'en saisir impunément. Je n'aurais pas plus la revendication que la Publicienne, car je n'ai pu acquérir la propriété de ces choses livrées au fugitif, puisque je ne pouvais en acquérir la possession par son intermédiaire, du moins au temps de Pomponius.

Pourtant, en équité, c'est-à-dire au point de vue du préteur, ces choses ont un propriétaire, et ce propriétaire c'est moi !

De même dans le cas où l'esclave de l'hérédité jacente, même non muni d'un pécule, achète et reçoit tradition d'un objet. L'hérédité jacente n'en devient-elle pas propriétaire de fait, bien qu'elle n'ait pu acquérir la possession ?

Passons maintenant aux cas où la tradition *ex justa causa* a été étendue de la chose livrée à ses parties détachées, ou à ses produits.

Si je perds la possession de la maison que j'avais achetée de bonne foi, et si le tiers sans titre qui la possède vient à la démolir, ne suis-je pas encore propriétaire apparent des matériaux, tant qu'un meilleur droit n'est pas prouvé, par la seule raison que j'étais le propriétaire apparent de la maison ? Pourtant je n'ai jamais eu la possession de ces matériaux [48].

48. L. 30, pr., D., *De adq. pos.*, 41, 2. — Remarquez que si l'on me refusait la Publicienne, je serais sans ressource, car les actions, possessoires elles-mêmes me feraient défaut. Je n'ai pas possédé les matériaux ! N'oublions pas d'ailleurs que le propriétaire quiritaire lui-même, faute de pouvoir fournir la preuve difficile de son droit, n'a souvent à son service que la Publicienne.

Enfin si je perds la possession de l'*ancilla* que j'avais achetée de bonne foi, et si elle accouche chez le tiers sans titre aux mains duquel elle est tombée, n'aurai-je pas le droit de me dire en fait propriétaire de l'enfant, ne me suffira-t-il pas de prouver que j'étais le propriétaire apparent, prétorien, de la mère, pour me faire restituer l'enfant ? Pourtant je n'ai jamais eu la possession de cet enfant [49] !

Il n'était donc pas nécessaire, on le voit, d'exiger que la tradition reçue eût procuré à l'acquéreur la possession proprement dite. On peut être *propriétaire apparent* sans cela, avoir sans cela une situation acquise, digne d'être respectée jusqu'à plus ample informé.

Qu'on exige la possession juridique, et qu'on se montre rigoureux sur ses caractères, lorsque le demandeur s'appuie uniquement sur l'état de fait pour réclamer la protection possessoire, cela se comprend !

Qu'on exige aussi la possession juridiquement caractérisée lorsqu'il s'agit d'usucaper et d'acquérir ainsi la propriété d'autrui, *invito domino*, chose grave, on conçoit encore parfaitement cette rigueur !

Mais, lorsqu'il s'agit seulement de protéger, par la Publicienne, un propriétaire probable contre une personne méritant moins d'intérêt que lui, lorsqu'il ne s'agit que de lui reconnaître un droit *relatif*, comme la propriété prétorienne, il n'était ni nécessaire ni juste d'élever les mêmes exigences, et les Romains l'ont bien compris.

Dans ces conditions, si la Publicienne lui manquait, comment, par exemple, après avoir recouvré la possession de la mère revenue chez lui, pourrait-il réclamer isolément l'enfant dont elle est accouchée chez un tiers ?

49. L. 11, § 2, D., *h. t.* Même observation qu'à la note précédente.

CHAPITRE XIV.

Extension de la tradition ex justa causa, ou plus généralement de la justa causa usucapionis, aux produits et aux parties détachées de la chose qui a été l'objet de cette tradition.

SECTION I. — *Examen de la question au point de vue de l'usucapion.*

136. L'enfant de l'*ancilla*, né depuis l'usucapion de la mère, appartient au nouveau propriétaire. — 137. L'enfant né avant pourra être usucapé spécialement, si on le possède pendant le temps requis. — 138. A) Si rien ne s'opposait à l'usucapion de la mère, le droit qu'on avait de l'usucaper s'étend à l'enfant, sans qu'il soit besoin de juste titre nouveau, ou de bonne foi quant à l'enfant. Même solution pour les matériaux provenant de la démolition d'un édifice. L. 44, § 2, *De usurp.*, 41, 3. Usucapion d'un esclave interrompue par sa captivité, et reprenant sans conditions nouvelles à son retour. — 139. B) Si la mère est furtive la solution précédente ne peut plus être donnée, mais le juste titre qu'on avait quant à la mère s'étend à l'enfant, ainsi que la tradition que l'on a reçue quant à la mère. — 140. Mais pour cela il faut qu'au moment de la conception de l'enfant, les *effets* de la tradition *ex justa causa*, c'est-à-dire la possession et la bonne foi, subsistent chez l'acquéreur. C'est seulement la persistance de ces effets de la tradition *ex justa causa* qui permet de la considérer comme subsistant encore et de l'appliquer à l'enfant. Autrement le lien est rompu. — 141. Il faut de plus que la bonne foi subsiste au moment où l'on acquiert la possession de l'enfant, c. a. d. en général au moment de sa naissance, parce que pour l'usucapion un *justum initium possessionis* est toujours nécessaire.

136. — A quelles conditions la propriété prétorienne de la chose s'étend-elle à ses accessoires?

Cette question, comme bien d'autres, intéresse à la fois la théorie de l'usucapion et celle de la Publicienne.

Parlons d'abord de l'usucapion.

Lorsque l'on a usucapé une chose, tous les produits qui peuvent en provenir après l'usucapion accomplie, appartiennent sans conteste au nouveau propriétaire. Ce principe s'applique notamment à l'enfant de l'*ancilla*, conçu avant l'accomplissement de l'usucapion de la mère, mais né après [1].

Il est également évident que si j'ai usucapé un édifice, et qu'ensuite il vienne à être démoli, je suis propriétaire des matériaux [2].

De même, si pendant l'usucapion l'immeuble que je possède s'est accru par des alluvions successives, au moment où je deviens propriétaire du fonds, j'acquiers aussi, bien entendu, la propriété des alluvions, quelque récentes qu'elles soient.

137. — Mais quelle est ma situation à l'égard de l'enfant si, antérieurement à l'accomplissement de l'usucapion, l'esclave accouche ? Même question pour les matériaux de la maison démolie avant l'usucapion terminée ?

Alors je commencerai, le jour de la naissance de l'enfant, le jour de la démolition de l'édifice [3] à usucaper ces choses mobilières. Il me faudra les posséder encore un an. S'il s'agissait au contraire d'une statue, ou d'un autre meuble qui viendrait à être brisé avant l'usucapion terminée, il est probable qu'il suffirait de posséder les morceaux pendant le reste du délai. L'enfant, les matériaux sont des choses nouvelles tout à fait distinctes de la mère, de l'édifice. Il n'en est pas de même des morceaux d'un objet brisé. Voyez L. 23, § 3, D., *De usurp.*, 41, 3 et L. 11, § 8, D., *h. t.*

1. L. 66, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1 : *Cum prægnans mulier legata aut usucapta, aliove quo modo alienata pariat, ejus fient partus, cujus est cum enitetur, non cujus tunc fuisset cum conciperet.*

2. Nous parlons du cas où j'ai acheté de bonne foi un édifice, et non pas de celui où j'ai construit avec les matériaux d'autrui.

3. L. 23, § 2, D., *De usurp.*, 41, 3.

Mais à quelles conditions usucaperai-je? Ici il faut faire une distinction bien naturelle :

138. — A. Supposons en premier lieu que toutes les conditions nécessaires pour l'usucapion, sauf le temps, soient réunies pour la chose principale.

L'esclave n'est point furtive, je l'ai achetée et j'en ai reçu tradition étant de bonne foi. Elle conçoit et accouche chez moi.

Usucaperai-je l'enfant? A quel titre, et à quelles conditions?

Cette question ne souffre aucune difficulté. A la seule condition de posséder l'enfant pendant le temps voulu, je l'usucaperai, et ce en vertu du titre et de la bonne foi en vertu desquels j'usucape la mère; par conséquent alors même qu'au moment de la naissance de l'enfant, allons plus loin, alors même qu'au moment de sa conception, j'aurais appris qu'on m'avait vendu la chose d'autrui et cessé par suite d'être de bonne foi. L'accessoire doit suivre le sort du principal, le droit que j'ai d'usucaper la mère implique nécessairement le droit d'usucaper l'enfant [4]. Il ne serait pas raisonnable que le propriétaire de l'objet principal pût *indéfiniment* réclamer les produits, alors qu'il a perdu le droit de réclamer l'objet principal. La mauvaise foi survenant n'empêche pas le possesseur de continuer à usucaper l'objet producteur, elle ne doit pas non plus l'empêcher de commencer à usucaper le produit. Donc, dans cette hypothèse, la bonne foi au moment de la naissance ne sera pas requise; la possession seule restera exigée en vertu du principe absolu qu'on ne peut usucaper sans possession, L. 25, D., *De usurp.*, 41, 3.

Ainsi s'explique la L. 44, § 2, D., *De usurp.*, 41, 3, Papinien :

4. *Sic* Pothier, Pand. 41, 3, § 85, note *i* : *jus quod habeo usucapiendæ matris, tribuit mihi jus usucapiendi partum.*

Etsi possessionis, non contractus initium, quo ad usucapionem pertinet, inspici placet, nonnunquam tamen evenit, ut non initium præsentis possessionis, sed causam antiquiorem traditionis, quæ bonam fidem habuit, inspiciamus. Veluti circa partum ejus mulieris quam bona fide cœpit possidere : non ideo minus capietur usu puer, quod alienam matrem, prius quam eniteretur, esse cognovit [5]. *Idem in servo postliminio reverso dictum est.*

Ici Papinien ne suppose pas que la mère fût furtive. Cela résulte d'abord de ce qu'il dit : « *alienam matrem esse cognovit* » et non pas : *furtivam esse* » ; en second lieu, dans le deuxième cas prévu au texte, celui de l'esclave fait prisonnier et revenu chez son possesseur [6], il est clair que cet esclave n'était pas furtif, autrement il ne pourrait pas plus être usucapé après son retour qu'avant sa captivité. D'où la conséquence que, dans le premier cas prévu par ce même texte, Papinien ne suppose pas non plus que la femme esclave achetée fût entachée du vice de furtivité.

On voit que l'acheteur usucape l'enfant, bien qu'il ait cessé d'être de bonne foi au moment de la naissance.

Par la même raison, il ne serait pas nécessaire non plus que la bonne foi subsistât au temps de la conception.

A la vérité les textes ne nous le disent pas ; le seul fragment prévoyant l'hypothèse que nous supposons (la mère n'est point furtive), la L. 44, § 2, D., *De usurp.*, 41, 3, que nous venons de transcrire, nous dit seulement que l'usucapion procède, alors même que la bonne foi de l'acquéreur aurait cessé avant la naissance.

5. Gœppert, *Ueber die Organischen Erzeugnisse*, 1869, p. 258, note 40, déclare ce texte inconciliable avec L. 4, § 18 et L. 33 pr., D., *De usurp.*, 41, 3. Nous espérons au contraire les concilier par la distinction faite au texte.
6. Voyez plus bas note 8.

Papinien exige-t-il ainsi implicitement la bonne foi au jour de la conception ? Rien n'autorise à l'affirmer, d'autant plus que si Papinien ne parle pas de la conception, c'est très vraisemblablement parce qu'il suppose que la femme esclave était enceinte lorsqu'elle a été achetée [7].

Et il importerait peu que l'enfant eût été conçu chez un possesseur de mauvaise foi. La conception chez un possesseur de mauvaise foi, dès l'instant que ce n'est pas un voleur (et il ne peut pas l'être, puisque par hypothèse l'esclave n'est pas furtive) n'empêche en aucune façon l'acheteur de bonne foi d'usucaper l'enfant qui vient à naître chez lui.

Si la bonne foi n'est pas requise lors de la naissance, il ne faut pas l'exiger non plus lors de la conception, car Papinien nous dit, qu'au point de vue de la bonne foi et à celui du juste titre, il faut regarder seulement le moment de la tradition de la mère « *causam antiquiorem traditionis quæ justam causam habuit... inspiciamus* [8]. »

139. — *B.* Si au contraire l'objet principal ne peut être usucapé, pour cause de furtivité par exemple, la situation change manifestement du tout au tout. *Pour usucaper le produit, je ne puis ici invoquer le droit que j'aurais d'usucaper l'objet producteur, puisque ce droit,*

7. *Sic*, Cujas, Quæst. Papiniani, lib. 23. *ad hanc legem* : « *Primus casus est : Ancillam prægnantem emi, post cognovi eam esse alienam, antequam pariret.* »

8. Papinien cite un autre cas comme une application du même principe. J'avais commencé à usucaper un esclave, il est fait captif de guerre ; pendant sa captivité j'apprends qu'il appartenait à autrui, puis il revient : je l'usucaperai, malgré que je sois de mauvaise foi au moment où j'en reprends possession. Pourtant, très certainement mon usucapion a été interrompue naturellement ; en pareil cas les textes exigent d'ordinaire que la bonne foi existe au moment où l'on reprend possession, L. 7, § 4, D., *Pro emptore*, 41, 4. — Mais ici, par la fiction du *postliminium*, le maître est, *quant au droit qu'il avait d'usucaper l'esclave*, remis dans la situation où il était avant la captivité de l'esclave ; il faudra cependant qu'il possède encore un an, car la fiction ne peut rien contre un fait, l'interruption de sa possession : L. 12, § 2, D., *De captivis*, 49, 15.

je ne l'ai pas. L'usucapion de l'enfant ne pourra pas être ici une conséquence naturelle de l'usucapion de la mère ; il faudra donc que le possesseur réunisse, en ce qui concerne l'enfant lui-même, les conditions de juste titre et de bonne foi qui sont en général requises. La distinction que nous venons de faire est donc fondée sur la nature même des choses ; en outre c'est bien elle que les Romains ont eue en vue, car elle explique et concilie de la manière la plus simple les textes en apparence contradictoires.

Parlons d'abord du juste titre. A ce point de vue les sources nous disent que le juste titre en vertu duquel on aurait pu usucaper la mère, si elle n'avait pas été furtive, est étendu à l'enfant :

L. 33, pr., D., *De usurp.*, 41, 4, Julien : *Non solum bonæ fidei emptores, sed et omnes qui possident ex ea causa quam usucapio sequi solet, partum ancillæ furtivæ usu suum faciunt : idque ratione juris introductum arbitror, namque ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi Lex XII Tabularum vel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem ejus ignorabat.*

Ulpien L. 48, § 5, D., *De furtis*, 47, 2, exige aussi la bonne foi aux moments de la conception et de la naissance. L. 11, § 4, D., *h. t.*, Ulpien :

Idem Julianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere. Ex omnibus igitur casibus Publicianam habebo.

De même L. 9, D., *Pro emptore*, 41, 4, Julien :

Qui ob pactionem libertatis ancillam furtivam a servo accepit, potest partum ejus quasi emptor usucapere.

L. 10, *eod.*, Julien :

Servus domino ancillam quam subripuerat pro capite

suo dedit ; ea concepit. Quæsitum est an dominus eum partum usucapere possit? Respondit : Hic dominus QUASI EMPTOR *partum usucapere potest, namque res ei abest pro hac muliere, et genere quodammodo venditio inter servum et dominum contracta est* [9].

Par conséquent, si j'ai acheté la mère, c'est au titre *pro emptore* que j'usucaperai l'enfant. Il n'est pas exact de dire que cette théorie ait, plus tard, cédé la place à une autre, d'après laquelle on usucaperait dans ce cas au titre *pro suo* [10].

9. Remarquons en passant que Paul était d'un autre avis dans le cas où la femme donnée comme prix de la liberté de l'esclave, avait été volée par cet esclave lui-même : L. 4, § 16, D., *De usurp.*, 41, 3 : *De illo quæritur : si servus meus ancillam quam subripuit pro libertate sua mihi dederit, an partum apud me conceptum usucapere possim? Sabinus et Cassius non putant : quia possessio quam servus vitiose nanctus sit, domino noceret, et hoc verum est.* — Paul donnait la même solution dans le cas où cette femme, *volée par mon esclave*, m'a été donnée par un tiers, soit pour obtenir l'affranchissement de mon esclave, soit à un autre titre. Je ne pourrai jamais usucaper l'enfant, parce qu'il n'est pas équitable que j'acquière la propriété d'un enfant, par une suite directe ou indirecte du vol de la mère de cet enfant, vol accompli par mon esclave dont je suis responsable. Si mon esclave n'avait pas volé la mère, je n'aurais pas eu l'occasion d'acquérir cette *ancilla* d'un non-propriétaire, elle serait restée aux mains de son propriétaire : § 17, *eod. Sed si, ut servum meum manumitterem, alius mihi furtivam ancillam dederit, eaque apud me conceperit et pepererit, usu me non capturum. Idemque fore etiam si quis* EAM *ancillam mecum permutasset, aut in solutum dedisset, item si donasset.* La suite des idées prouve, à mon gré, que Paul s'occupait toujours de cette *ancilla*, volée par l'esclave du possesseur ; cela résulte notamment des mots *eam ancillam*, employés par Paul. On a donné beaucoup d'autres explications de ce texte; voyez Rossi : *Sui prodotti delle cose rubate*, Siena, Enrico Torrini ed. 1885, Estratto dagli Studi Senesi, vol. II, fasc. 1-2 : p. 27-38; Beer, *Ueber die Ersitzbarkeit von Erzeugnissen gestohlener Sachen nach ræmischen Recht*, Leipzig, Druck der Roszberg'schen Buchdruckerei, 1884.

10. Ulpien, on l'a vu à la page précédente, maintient la théorie de Julien. C'était encore l'idée reçue au temps de Justinien, car les compilateurs rangent ce cas sous la rubrique « *De usucapione pro emptore* », L. 3, C., 7, 26.

Gœppert, *Ueber die organischen Erzeugnisse*, 1869, p. 255 à 263, soutient qu'il y a eu deux théories à Rome. La première régna jusqu'à Papinien inclusivement. Elle enseignait qu'on usucapait le produit en vertu du même titre que l'objet producteur, L. 9, 10, D., Pro empt. 41, 4, (Julien) : la bonne foi n'était alors requise ni au moment de la conception, ni à celui de la naissance. Il considère les mots : *eo tempore quo furtivam esse matrem ignorabam* de L. 33 pr., D., *De usurp.* (Julien) comme une interpolation. — Mais la nécessité de la bonne foi à ces deux époques s'explique dans l'espèce par la furtivité de la mère, ainsi que nous l'avons vu au Chapitre VI.

Une jurisprudence postérieure aurait exigé la bonne foi au temps de la naissance. En effet, dit Gœppert, elle abandonna l'idée que l'usucapion du produit ne pouvait être justifiée que par le titre qui s'appliquait à l'objet producteur. Pour

Ainsi le possesseur est censé, au point de vue de l'usucapion, avoir acheté l'enfant et en avoir reçu tradition ; la tradition *ex justa causa* qui a porté sur l'objet producteur est étendue au produit.

140. — Mais à quelles conditions cette extension est-elle admise ? Dans quels cas est-on autorisé à relier, au point de vue de l'usucapion, l'enfant né de l'*ancilla*, à la tradition *ex justa causa* dont cette *ancilla* a été l'objet ?

qualifier cette possession des produits, on détourna de son sens originaire l'expression *pro suo* qui signifiait autrefois la possession *opinione domini* acquise à titre onéreux, par opposition à celle acquise à titre gratuit et à celle du voleur ou du *prædo*, L. 67, D., *De jure dot.*, 23, 3, L. 5, L. 27, L. 32 pr., D., *De usurp.* 41, 3, L. 3, L. 4 D., *Pro suo*. 41, 10. La jurisprudence nouvelle désigna par cette expression *pro suo* la possession reconnue apte à produire l'usucapion, dans les cas où la désignation du titre n'aurait pu être indiquée brièvement en se servant de la tournure habituelle *pro*..... Gœppert invoque la L. 2, D., *Pro suo*, 41, 10 (Paul) que nous reproduisons ci-dessous.

Dans ce nouveau système, ce n'est pas le titre qu'on avait pour la mère qui justifie l'usucapion de l'enfant, c'est la croyance où l'on était d'avoir la propriété de la mère qui justifie l'usucapion de l'enfant. D'où la nécessité de la bonne foi au temps de la naissance, même dans le cas où la mère n'est pas furtive.

La doctrine de Gœppert a quelque chose de vrai ; seulement, ce qu'il désigne sous le nom de nouveau système n'est point passé en jurisprudence et est resté l'opinion isolée de Paul. Ce jurisconsulte, contrairement à l'avis de Julien et d'Ulpien (L. 33, pr., D., *De usurp.* 41, 4, L. 11 § 4 D., *h. t.*) n'admettait point qu'on usucapât au titre *pro emptore* le part de l'*ancilla* achetée, L. 2, D., *Pro suo*, 41, 10 : *Est species possessionis quæ vocatur pro suo : hoc enim modo possidemus omnia quæ mari, terra, cœlo capimus, aut quæ alluvione fluminum nostra fiunt. Item quæ ex rebus alieno* (lisez *alio*, voy. Mommsen, Dig.) *nomine possessis nata possidemus ; veluti partum hereditariæ, aut emptæ ancillæ, pro nostro possidemus. Similiter fructus rei emptæ aut donatæ, aut quæ in hereditate inventa est.*

Ainsi, d'après Paul, on possède au titre *pro suo* les produits des choses que l'on possédait à un autre titre (*alio nomine*), par ex. : *pro herede, pro emptore, pro donato*. Paul n'admettait point l'extension du titre d'acquisition d'une chose, aux produits de cette chose (voyez pour analogie, l. 42, *D., De evictionibus*, 21, 2. Paul : *Partus venditus non est*). Cela devait le mener à exiger que le possesseur d'une *ancilla* non furtive fût de bonne foi au moment de la naissance de l'enfant, pour qu'il pût usucaper cet enfant. C'est en effet la solution qu'il donne, L. 4, § 18, D., *De usurp.*, 41, 3 : *Si antequam pariat alienam esse rescierit emptor, diximus non posse eum usucapere*. Paul se met ainsi en contradition directe avec Papinien, L. 44, § 2, D. *eod.* : il est aussi implicitement en désaccord avec Ulpien, sans compter Julien. Donc, si nous appliquons la Loi des Citations, la majorité doit l'emporter ; elle compte d'ailleurs Papinien parmi ses membres, deux raisons de décider que l'opinion de Paul doit être rejetée et que sa reproduction au Digeste est une inadvertance des compilateurs. Ulpien dans la L. 1, D., *Pro suo*, 41, 10, fidèle à la tradition, enseigne que dès qu'on possède en vertu d'un juste titre quelconque, on possède aussi *pro suo*.

Le raisonnement et les textes mènent ici à la même conclusion.

L'usucapion, on le sait, exige en général une *justa causa*. Or, pour que la *causa* soit *justa*, il faut, en cas de tradition, que l'acquéreur l'ait crue telle, en d'autres termes, en général on exige que, par suite de la tradition *reçue*, l'acquéreur se soit cru propriétaire. On exige donc, pour l'usucapion que la tradition *ex justa causa* ait produit chez l'acquéreur deux effets :

1° Qu'elle lui ait procuré la possession ;

2° Et qu'elle lui ait inspiré la conviction que nous désignons par les mots de *bonne foi*.

Eh bien, tant que durent cês deux effets de la tradition *ex justa causa*, c. a. d. la possession et la bonne foi, cette tradition *ex justa causa*, restée pour ainsi dire vivante et subsistante dans ses effets, s'appliquera aux produits de la chose, et en légitimera l'usucapion, pourvu bien entendu qu'ils ne soient pas infectés du vice qui rendait imprescriptible l'objet principal [11].

Si au contraire l'acquéreur a perdu la possession ou la bonne foi, il n'y a plus de lien entre la tradition *ex justa causa* de l'objet principal et les produits de cet objet.

Par la possession continue que j'ai de l'*ancilla*, le part qu'elle conçoit se trouve relié à la tradition que j'ai reçue de l'*ancilla* elle-même ; mais, si avant la conception je perds la possession de cette femme esclave, le lien entre la tradition qui m'a été faite de la mère et l'enfant en question ne peut plus se former. Si plus tard je prends possession de l'enfant, il faudra voir si la cause de cette prise de possession est de nature à me permettre l'usucapion [12], mais il ne pourra plus être

11. Voyez *supra* Chapitre VI.

12. Si je reprends possession de la mère avant son accouchement, et que ce soit en vertu d'une cause qui justifie l'usucapion, c'est en vertu de ce titre

question de la tradition *ex justa causa* que j'ai reçue autrefois relativement à la mère.

De même, si ma bonne foi cesse relativement à la mère avant la conception de l'enfant, il n'y a plus de lien entre cet enfant et la tradition *ex justa causa* par laquelle j'ai acquis la mère.

Tant que durait ma bonne foi, qui était la conséquence, l'effet de cette *tradition ex justa causa*, cette tradition pouvait être considérée comme subsistante par la persistance de son effet ; elle pouvait donc s'appliquer à l'enfant conçu, cet enfant se trouvait ainsi relié à la tradition *ex justa causa*, et pouvait être usucapé en vertu du titre par suite duquel la mère l'aurait été, si le vice de furtivité ne l'avait rendue imprescriptible.

Voilà donc pourquoi les textes cités ci-dessus, en même temps qu'ils posent le principe de l'extension du juste titre à l'enfant, exigent aussi comme condition de cette extension, que la conception ait eu lieu *chez l'acquéreur de bonne foi, et alors qu'il était encore de bonne foi*. On voit que la persistance de la possession et de la bonne foi au temps de la conception est en effet nécessaire pour que l'extension du titre devienne possible.

141. — Ces textes exigent encore une autre condition : il faut la bonne foi au temps de la naissance de l'enfant. Cette bonne foi ne serait pas nécessaire à ce moment (pas plus d'ailleurs qu'au moment de la conception) si l'*ancilla* n'était pas furtive, ainsi que nous l'avons dit plus haut, sous la lettre A, n° 138. Alors en

nouveau que j'usucaperai l'enfant. D'ailleurs nous montrerons plus loin, Chapitre XV, section 14, que le plus souvent, lorsqu'on perd la possession et qu'on la recouvre, il y a interversion de titre, et la nouvelle usucapion qui commence s'accomplit en vertu du titre en vertu duquel on reprend la possession ; ce sera souvent au titre *pro judicato*, d'autres fois au titre *pro suo*, selon que la chose est restituée en vertu d'un jugement, ou de gré à gré.

effet, le droit qu'on a d'usucaper la mère entraîne celui d'usucaper l'enfant, à la seule condition de le posséder pendant le délai requis.

Mais ici, comme la mère est imprescriptible, toutes les conditions voulues doivent être réunies en ce qui concerne l'enfant lui-même. Nous avons pu lui étendre le juste titre en vertu duquel on aurait usucapé la mère si elle n'avait pas été furtive, mais reste le principe fondamental du *justum initium possessionis* [13]; il faut que la prise de possession ait eu lieu de bonne foi. Or, cette prise de possession se produit au moment de la naissance de l'enfant. Il faut donc être de bonne foi à ce moment.

Ainsi le motif pour lequel on requiert la bonne foi au moment de la conception, n'est pas le même que celui qui fait exiger la bonne foi au moment de la naissance.

La persistance de la bonne foi au temps de la conception est nécessaire pour relier l'enfant à la tradition *ex justa causa* qu'on a reçue de la mère.

La bonne foi au temps de la naissance est requise, parce qu'autrement il n'y aurait pas *justum initium possessionis*.

Voilà les principes en ce qui touche l'usucapion; une fois reconnus, ils vont rendre notre tâche aisée en ce qui regarde la Publicienne. Nous estimons qu'ils permettent d'expliquer de la manière la plus simple et la plus naturelle des textes qui ont soulevé bien des difficultés; dès lors ces principes recevront des sources qu'ils expliquent facilement une nouvelle et sérieuse confirmation

13. L. 44, § 2. D., *De usurp.*, 41. 3 : *Possessionis initium... inspici placet.* — L. 10 pr., eod. — Paul, Sent. V, 2, § 4: *Ei qui justum initium possessionis habuit...*

Section II. — *Examen de la question au point de vue de la Publicienne.*

142. Quand le produit est furtif, point de Publicienne, sinon distinction. — 143. *A*) Si la mère est furtive, l'enfant pourra être réclamé par la Publicienne, si le demandeur possédait encore de bonne foi la mère au jour de la conception, et s'il était de bonne foi lors de la naissance, car dans ces conditions il aurait usucapé l'enfant, s'il l'avait possédé un an. Formule de l'action en ce cas. — 144. De là résulte que la Publicienne peut compéter alors même qu'on a perdu la possession de l'*ancilla* avant la naissance de l'enfant : ici l'on rencontre encore un cas où la tradition, suffisante pour la Publicienne, n'a pas fait acquérir la possession. — 145. Justification rationnelle de cette extension du titre et de la tradition. — 146. Elle explique très naturellement la L. 11, § 5, *h. t.* — 147. *B* Si la mère n'était pas furtive, j'aurais la Publicienne pour l'enfant, alors même que la conception de l'enfant serait postérieure à la perte de possession de la mère. — 148. Examen de cinq autres cas d'extension de la tradition *ex justa causa* à des choses autres que celle qui en a été l'objet; essai de restitution des formules. Autres cas, renvoi. — 148 *bis*. Résumé : A quelles conditions peut-on se dire propriétaire prétorien de la chose accessoire, soit quand on est propriétaire prétorien de la chose principale, soit quand on aurait la propriété prétorienne de cette chose principale, si elle n'était pas infectée d'un vice qui la rend insusceptible de cette propriété?

142. — La question de savoir à quelles conditions la tradition *ex justa causa* de l'objet principal est étendue aux accessoires, de façon à permettre de réclamer ces accessoires par la Publicienne ne présente aucun intérêt lorsque ces accessoires sont entachés du vice qui rendait imprescriptible l'objet principal ; pas plus que lui ils ne pourront être l'objet de la Publicienne.

Cette remarque nous permet d'écarter tout d'abord les quatre cas prévus par les §§ 7-10 de la L. 11, D., *h. t* [14].

Quant aux matériaux joints à un édifice plus tard démoli (L. 11, § 6), nous avons vu qu'ils sont infectés du vice de l'édifice tant qu'ils font corps avec lui, mais

14. Alluvion, morceaux de la statue, construction sur le terrain usurpé par violence, sol nu restant après la démolition de l'édifice entaché d'un vice qui le rendait imprescriptible. Voyez *supra*, Chapitre VI, nos 65 et s.

que, une fois détachés, ils donneront lieu à la Publicienne s'ils ont été acquis d'une manière qui donnerait droit à cette action [15].

Reste le cas de l'enfant de l'*ancilla*. Si nous suivions ici le même ordre que dans la Section précédente, nous parlerions d'abord de l'hypothèse où la mère n'est pas furtive ; mais, comme les textes ne prévoient pas la question en ce qui concerne la Publicienne, il vaut mieux s'occuper en premier lieu du cas résolu par la L. 11, § 2, D. *h. t.*, que nous avons reproduite à la fin du Chapitre précédent, n° 134.

143. — *A*) Supposons donc que la mère soit furtive. Nous venons de voir, au point de vue de l'usucapion, que la tradition *ex justa causa* de la mère était étendue à l'enfant, pourvu que les deux effets de cette tradition, la possession [16] et la bonne foi, subsistassent encore au jour de la conception ; nous avons reconnu que cela était nécessaire pour qu'on pût relier l'enfant à cette tradition *ex justa causa*.

Si cette condition se trouve remplie, l'acquéreur peut invoquer les termes de l'Edit. Le préteur donne l'action à celui qui a reçu tradition *ex justa causa* ; or, notre acquéreur est censé avoir reçu, en ce qui concerne l'enfant, cette tradition *ex justa causa*.

Il n'est pas difficile dès lors de conjecturer de quelle manière la formule était rédigée dans ce cas. On peut aller jusqu'à affirmer, tant la conséquence

15. Voy. *supra* Chapitre VI, note 5.

16. Gœppert, *organischen Erzeugnisse*, p. 349, 350, dit que le possesseur de bonne foi peut réclamer par la Publicienne l'enfant de l'esclave furtive par lui achetée alors même que cet enfant aurait été conçu après qu'il a perdu la possession de la mère. Les mots « *qui apud bonæ fidei emptorem conceptus est* » de la L. 11, § 2 auraient seulement pour but d'exclure le cas où la conception a lieu chez le voleur avant l'acquisition du possesseur de bonne foi. La solution du texte ne serait d'ailleurs, selon lui, qu'une application de l'idée que la Publicienne appartient non pas seulement au possesseur légitime, mais à l'acquéreur légitime, même s'il n'a pas possédé. C'est le système de Huschke : voir la réfutation de ce système, Chapitre XIII, nos 128 et s.

est forcée, qu'elle devait être conçue en ces termes : *Si partum ejus ancillæ, quam A^{us} A^{us} emit et ea ei tradita est, anno possedisset, tum si is partus, de quo agitur, ejus ex jure quiritium esse oporteret*, etc.

Car, puisque Julien et Ulpien nous disent que le titre d'acquisition de la mère s'applique à l'enfant en ce qui touche l'usucapion, puisqu'ils ajoutent que par suite la Publicienne sera donnée toutes les fois qu'il y aura un titre pour la mère [17], il en résulte forcément que c'était le titre d'acquisition de la mère qui était mentionné dans la formule. Voilà pourquoi nous avons mis : .... *ancillæ quam A^{us} A^{us} emit et ea ei tradita est.*

Pour trancher la question qui lui est soumise, le juge n'a plus dès lors qu'à examiner si le demandeur fût devenu propriétaire par usucapion, à supposer qu'il eût possédé cet enfant pendant un an ; c'est-à-dire, en définitive, en admettant que l'*ancilla* fût accouchée chez l'acheteur de bonne foi, qu'il se fût ensuite écoulé un an, et qu'alors seulement cet acheteur eût perdu la possession de l'enfant.

Aurait-il usucapé dans ces conditions ?

Oui, si au moment de la naissance de l'enfant il était encore de bonne foi [18] !

Non, dans le cas contraire, car même en admettant la possession annale nous n'arriverions pas alors à l'usucapion. Mais il n'est pas du tout nécessaire que la bonne foi persiste au moment de l'action [19].

144. — Quant à avoir possédé l'enfant lui-même, c'est-à-dire en définitive avoir conservé la possession de la mère jusqu'après son accouchement, cela n'est nullement nécessaire ; *cela ne pouvait pas être exigé.* Tou-

17. L. 11, § 4, *in fine : Ex omnibus igitur casibus* (ou *causis*) *Publicianam habebo.*

18. Voyez *supra*, note 13.

19. Il en serait autrement s'il s'agissait d'un donataire ainsi que nous le verrons plus bas, Chapitre XV, section VI. Voy. L. 11, § 3, D., *h. t.*

tes les conditions requises par l'Edit et par la formule sont parfaitement réunies même dans le cas où l'acheteur, ayant perdu la possession de la mère avant l'accouchement, n'a jamais possédé l'enfant.

Reprenons en effet ces conditions :

1° Il faut avoir reçu tradition *ex justa causa* : le demandeur remplit cette condition, puisque la tradition *ex justa causa* qu'il a reçue quant à la mère est étendue à l'enfant ;

2° Il faut que cet acheteur eût usucapé cet enfant, s'il l'eût possédé pendant un an. Il remplit aussi cette condition.

Donc la Publicienne lui compète !

Donc la décision d'Ulpien dans la L. 11, § 2 [20], loin de constituer une singularité inexplicable ou une exception aux principes, n'est au contraire qu'une application forcée de la règle posée par Julien : *la tradition ex justa causa de l'objet principal, le titre d'usucapion quant à cet objet, s'étend aux produits !*

Ce qui a égaré beaucoup de commentateurs, c'est qu'ils posaient mal la question que nous avons traitée au chapitre précédent.

Il ne faut pas se demander si, pour avoir droit à la Publicienne, il faut avoir eu au moins un instant la possession de l'objet reclamé ;

La question est de savoir s'il est nécessaire d'avoir reçu TRADITION *ex justa causa*, et cette question est tranchée par l'Edit même en faveur de l'affirmative [21].

C'est la *tradition* qui est exigée, non la *possession*. Cela est si vrai que cette tradition suffit, alors même que, par exception, elle aurait été impuissante à pro-

20. Nous la répétons pour la commodité du lecteur : *Partus ancillæ furtivæ, qui apud bonæ fidei emptorem conceptus est.per hanc actionem petendus est*, ETIAMSI AB EO QUI EMIT POSSESSUS NON EST.

21. Étant bien entendu qu'une prise de possession sans vices, *ex justa causa*, équivaudra à la tradition et satisfera à l'esprit de l'Édit.

curer à l'acquéreur la possession [22]. Cela est encore si vrai que la Publicienne compétera pour l'usufruit, susceptible de tradition [23], non de possession véritable.

Le cas qui nous occupe est précisément un de ceux où la tradition n'a point procuré la possession et où pourtant la Publicienne est recevable.

Je suis censé avoir acheté l'enfant et en avoir reçu tradition puisque le titre d'acquisition de la mère s'étend à lui.

Pourtant, si je perds possession de l'*ancilla* avant la naissance de l'enfant, il est incontestable que je n'aurai pas possédé celui-ci !

145. — Cette extension du titre est d'ailleurs la chose du monde la plus naturelle, la plus raisonnable.

Au fond, pourquoi ai-je des droits, ou tout au moins des prétentions sur l'enfant, si ce n'est parce que j'ai acheté la mère, et qu'elle m'a été livrée ; plus généralement, parce que j'en ai reçu tradition *ex justa causa* ? C'est pour cette raison, pour cette *cause*, que je dois être admis à usucaper l'enfant, c'est ce motif qui justifie l'usucapion, c'est donc bien là mon juste titre !

146. — La doctrine que nous venons d'exposer a encore l'avantage d'expliquer le plus naturellement du monde le § 5 de la L. 11, D., *h. t.*, qui, sans cela, reste une énigme indéchiffrable, et a donné lieu aux conjectures les plus arbitraires [24].

Idem est et si ex partu partus est, et si non natus, sed post mortem matris, exsecto ventre ejus, extractus est, ut et Pomponius libro quadragensimo scripsit.

Deux cas sont ici prévus.

22. L. 15, D., *h. t.* Voy. *supra* Chapitre XIII.
23. L. 11, § 1 D., *h. t*: *Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur.*
24. Cujas, Comm. ad h. L., cité par Pellat p. 558, pense que ces mots « *et si non natus* » font allusion à quelque clause de l'Édit qui portait : « *quod ex ancilla natum erit.* » Le jurisconsulte, dans son commentaire, avertirait qu'il ne faut pas prendre ces mots à la lettre. Cette conjecture ne repose sur aucun indice.

1° Une esclave a été volée étant enceinte, ou bien elle conçoit chez le voleur. On sait qu'en pareil cas le part est furtif. J'achète de bonne foi cette *ancilla* et elle accouche chez moi d'une fille. Bien que la tradition *ex justa causa* que j'ai reçue quant à la mère, soit étendue à cette fille, je ne puis l'usucaper parce qu'elle est elle-même entachée ici du vice de furtivité. Il n'en reste pas moins vrai que je suis censé avoir reçu tradition *ex justa causa* quant à cette fille, et par conséquent, si vingt ans plus tard elle a elle-même un enfant, je pourrai usucaper au titre *pro emptore* ce petit-fils de l'*ancilla* furtive, qui, *lui*, n'est pas furtif. La tradition *ex justa causa* que j'ai reçue quant à sa grand'mère s'étendra à lui par l'intermédiaire de deux générations, pourvu bien entendu que je sois encore de bonne foi au moment de sa conception, et que je sois alors en possession de sa mère, condition nécessaire, on l'a vu, pour qu'un lien puisse s'établir entre la tradition de la chose principale, et le produit de cette chose.

Il faut qu'un lien puisse être établi entre le titre relatif à l'objet principal, et la chose accessoire; c'est par cette idée que s'explique aussi facilement la seconde partie du texte.

2° Pourquoi le jurisconsulte juge-t-il important d'affirmer en second lieu que la Publicienne compétera même si l'enfant a vu le jour après la mort de sa mère, par suite d'une opération césarienne pratiquée, notons-le bien, après le décès (*post mortem matris*)?

L'explication est bien simple. On aurait pu douter que la Publicienne appartînt dans ce cas à l'acheteur de la mère. On aurait pu dire en effet : on comprend que le titre en vertu duquel j'ai obtenu la mère, chose principale, s'applique à l'enfant, chose accessoire; mais c'est à la condition qu'il y ait un lien entre le

principal et l'accessoire. Ce lien se trouve-t-il lorsque la chose principale a cessé d'exister avant que la chose accessoire ait commencé d'être comme chose distincte? On aurait pu en douter; le but d'Ulpien est d'écarter ce doute, et d'affirmer même dans ce cas l'extension du titre au produit. La lacune que nous trouvons ici entre la mort de la mère et l'instant où l'enfant voit le jour est si courte que c'est le cas de dire : *de minimis non curat prætor.*

147. — *B.* Nous n'avons plus qu'un mot à dire en ce qui touche les produits des choses non furtives.

Si les principes que nous avons posés plus haut (nº 138) pour l'usucapion sont exacts, si j'usucape le produit à la seule condition de le posséder et en vertu du droit que j'ai d'usucaper l'objet principal, il faut nécessairement en conclure que j'aurai la Publicienne pour l'enfant de l'*ancilla non furtive* dont j'ai reçu tradition *ex justa causa*, alors même que cet enfant aurait été conçu après que j'ai perdu la possession de la mère.

Ici il n'est pas question d'établir un lien entre le juste titre (la tradition *ex justa causa*) et le produit. Dès l'instant que j'ai le droit d'usucaper l'*ancilla*, je suis dans les conditions voulues pour usucaper le produit. Or, dans la Publicienne, on fait remise de la condition de possession annale. Donc j'aurai la Publicienne pour cet enfant, même s'il a été conçu et s'il est né chez un tiers après que j'ai perdu la possession de la mère.

Reprenons en effet la formule de tout à l'heure (nº 143):

Si partum ejus ancillæ quam A^us^ A^us^ emit, et ea ei tradita est, anno possedisset, tum si is partus ejus ex jure quiritium esse oporteret, etc.

Notre acheteur eût certainement usucapé l'enfant

s'il l'eût possédé pendant un an, c'est-à-dire en somme, s'il n'avait pas perdu la possession de la mère et avait gardé l'enfant pendant un an après la naissance de celui-ci.

Il l'eût usucapé, même s'il avait été de mauvaise foi lors de la conception ou de la naissance ; donc il satisfait à toute les conditions de la formule ci-dessus, dont la rédaction calquée sur les sources ne nous paraît donner prise à aucune objection sérieuse. Il y satisfait alors même qu'il n'aurait point possédé la mère lors de la conception ou de la naissance de l'enfant ; par conséquent la Publicienne lui compétera efficacement.

Les textes sont muets sur ce point, mais la solution, basée sur la L. 44, § 2, D., *De usurp.*, 41, 3 [25] ne nous en paraît pas moins certaine, car on peut, comme nous l'avons souvent constaté, conclure avec confiance de l'usucapion à la Publicienne.

148. — A ce cas il faut en rattacher cinq autres.

Lenel, *Das Edictum*, p. 132, dit qu'il serait fort difficile de reconstituer la teneur de la formule dans ces cas. Nous croyons au contraire que c'est assez simple.

1° J'ai acheté de bonne foi une maison, j'en perds la possession, elle est démolie chez un tiers sans titre ; comment réclamerai-je les matériaux par la Publicienne ?

Formule proposée : *Si cæmenta hujus insulæ quam A^us^ A^us^ emit et ea ei tradita est, anno possedisset, tum si ea cæmenta ejus*, etc. (L. 11, § 6).

Il est probable qu'Ulpien donnait la teneur de cette formule après les mots « *hujusmodi actione petenda* » que nous traduisons avec Lenel : « par une action ainsi rédigée :..... » Les compilateurs ont supprimé la formule que donnait Ulpien.

25. Voy. *supra* n° 138.

2° J'ai acheté un terrain qui s'est accru par des alluvions, un tiers les usurpe; je rédigerai ainsi ma Publicienne :

Si quem fundum A^us A^us emit, et is fundus ei traditus est, biennio possedisset, tum si alluvio, quæ ad hunc fundum accessit, ejus ex jure quiritium, etc. (L. 11, § 7).

3° J'ai acheté une statue, j'en ai perdu la possession, elle a été brisée : comment rédigerai-je ma formule pour en réclamer les morceaux, dispersés peut-être chez plusieurs personnes ?

Si partem recisam hujus statuæ quam A^us A^us emit et ea ei tradita est, anno possedisset, tum si ea pars, de qua agitur, etc. (L. 11, § 8).

4° J'ai acheté un terrain nu et j'y ai construit une maison ; par quelle formule réclamerai-je cette maison ?

Si insulam extructam in area quam A^us A^us emit et quæ ei tradita est, biennio possedisset, tum si insula de qua agitur ejus ex jure quiritium, etc. (L. 11, § 9).

5° J'ai acheté une maison, elle a été détruite, il ne reste qu'un terrain nu dont je viens à perdre la possession ; je le réclamerai ainsi :

Si aream, ad quam pervenit insula quam A^us A^us emit et quæ ei tradita est, biennio possedisset, etc., ou bien : *Si insulam quam A^us A^us emit et ea ei tradita est, biennio possedisset, tum si area ad quam pervenit ea insula, ejus ex jure quir.* etc. (L. 11, § 10, *h. t.*)

Je suppose dans tous ces cas que l'objet acheté n'était affecté d'aucun vice le rendant imprescriptible. Dans le cas contraire voyez *supra*, Chapitre VI, n°s 65 et s.

Il y a encore d'autres cas. La tradition *ex justa causa*, reçue relativement à un objet, et donnant le droit de réclamer cet objet par la Publicienne, s'étend notamment à l'objet nouveau que le travail de l'homme

a produit en s'exerçant sur cet objet, en d'autres termes, au résultat de la spécification. Par exemple, j'aurai la Publicienne pour l'habit fait avec la laine dont j'étais possesseur publicien, et cela alors même que nous nous trouverions dans un cas où le spécificateur est déclaré propriétaire. Mais ce point soulève des difficultés spéciales dont l'examen serait ici prématuré. Nous retrouverons cette question au Chapitre XXI.

148 *bis*. — Pour résumer en une formule générale le résultat des recherches auxquelles nous nous sommes livrés dans ce Chapitre et dans le précédent, nous dirons :

La Publicienne exige toujours qu'il y ait eu tradition *ex justa causa* ou prise de possession sans vices.

Mais la tradition *ex justa causa* reçue quant à la chose principale, est étendue aux produits et accessoires, et cela de façon suivante :

1° Si l'objet principal n'est affecté d'aucun vice excluant l'usucapion et la Publicienne, cette extension a lieu de plein droit et sans conditions. Le droit à la Publicienne quant au principal, entraîne ce même droit quant à l'accessoire. — En d'autres termes, lorsqu'on a la propriété prétorienne d'un objet, soit absolument soit vis-à-vis de certaines personnes seulement, peu importe, on a aussi, dans la même mesure, la propriété prétorienne des produits et accessoires.

2° Si au contraire l'objet principal était infecté d'un vice le rendant insusceptible d'usucapion, excluant par conséquent la Publicienne, autrement dit la propriété prétorienne, alors, pour jouir de la Publicienne quant au produit, pour en avoir la propriété prétorienne, il faut nécessairement pouvoir rattacher cet objet à la tradition *ex justa causa* qui a eu lieu pour la chose principale. Ce rattachement est possible si les effets de la tradition *ex justa causa* durent encore au mo-

ment où le produit se forme, car alors on peut considérer comme subsistant encore une tradition *ex justa causa* dont les effets persistent. Ces effets sont la possession et la bonne foi. Donc, pour devenir propriétaire prétorien du produit, alors que la chose principale n'était pas susceptible de propriété prétorienne bien qu'on l'ait reçue par une tradition *ex justa causa*, il faut qu'on ait encore la possession *bonæ fidei* de l'objet principal, par exemple de l'*ancilla* volée, au moment où se forme le produit, autrement dit au moment de la conception.

CHAPITRE XV

De la justa causa et de la bonne foi en général. Des différentes justæ causæ en particulier.

SECTION I. — *Historique et théorie générale de la justa causa en matière d'usucapion. Application de ces idées à la Publicienne.*

149. — Identité de la *justa causa* de la Publicienne et de la *justa causa* de l'usucapion. Rapports entre l'usucapion et la propriété prétorienne. — 150. Difficultés de cette matière, dues en grande partie à la subtilité des commentateurs. — 151. La doctrine romaine est au fond très simple et très pratique. Il est facile de dégager le plan primitif des retouches jurisprudentielles qui n'en altèrent pas les grandes lignes : se plaçant à un point de vue d'équité et de bon sens, les Romains se demandent *dans chaque cas*, s'il est juste que le possesseur usucape. — 152. Toute la théorie de la *justa causa usucapionis* est renfermée dans la prohibition d'usucaper les choses volées. S'il n'y a pas vol, l'usucapion se produira. Or il n'y a pas vol dans deux séries de cas : — 153. *A*) Lorsque les circonstances excluent l'idée de vol ; alors la jurisprudence a établi une présomption légale de non culpabilité ; il n'y a pas lieu par conséquent de scruter les intentions du possesseur. — 154. Exemples : *a*) usucapion *pro herede*, développement. — 155. *b*) *usureceptio fiduciæ causa*, deux cas ; *usureceptio ex prædiatura*. — 156. *c*) Mari qui *acquiert usu* la *manus* sur sa femme. — 157. *d*) Il n'y a pas non plus de vol possible lorsque l'on possède par autorité de justice : *missio in possessionem ex secundo decreto damni infecti nomine ; ductio noxalis*. — 158. *e*) Ni dans le cas de l'abandon noxal reçu d'un possesseur que l'on sait n'être pas propriétaire de l'esclave. — 159. *B*) Cas où l'idée de vol n'est pas exclue par une sorte de présomption légale. Il y a donc lieu de rechercher si la prise de possession a eu lieu de bonne foi, autrement il y aurait vol, même pour les immeubles dans l'ancien droit. — 160. Or, la bonne foi ne peut se supposer un seul instant chez un individu qui ne peut préciser de quelle manière honnête il s'est procuré la chose. De là l'exigence du juste titre. — 161. Cette double exigence fut maintenue, la jurisprudence étant fixée sur ce point, même après qu'on eût déclaré les immeubles insusceptibles de vol. — 162. Le titre n'a donc été requis originairement que comme

justification de la bonne foi ; aussi anciennement le titre putatif suffisait-il. Plus tard réaction pour ne pas donner de prime à l'ineptie où à l'imprudence. — 163. En faisant abstraction de quelque légères retouches jurisprudentielles, la *justa causa* est l'ensemble des circonstances qui excluent l'idée de vol, soit absolument, soit en ce qu'elles impliquent chez un possesseur déterminé l'absence d'intention frauduleuse. — 164. La *justa causa* ne peut jamais consister dans la tradition, la mancipation, la cession *in jure*, *isolées* des motifs qui les ont déterminées; il n'y a pas de titre *pro tradito*, etc. — Le *legs per vindic.* au contraire est une *justa causa* parce que l'acte translatif révèle par lui-même son motif (libéralité posthume).— 165. La bonne foi, lorsqu'elle est requise, est inséparable du juste titre ; l'analyse de la *justa causa* en deux éléments : juste titre et bonne foi, due plutôt aux commentateurs qu'aux *Prudents*, fausse en théorie, remplace en pratique l'équité, qui doit être ici la seule règle, par des subtilités sans base rationnelle et souvent contraires à l'équité. — 166. Application de ces idées à la Publicienne.

149. — La tradition (ou la prise de possession sans vices) doit s'appuyer sur une *justa causa.*

Cette *justa causa* est exactement la même qu'en matière d'usucapion, il y a identité absolue ; la formule de l'action le démontre, car si le demandeur ne justifiait point de cette *justa causa*, le juge, même en admettant qu'il eût possédé pendant le délai requis, ne pourrait le considérer comme ayant acquis la propriété par usucapion.

Une étude complète de la *justa causa* en matière d'usucapion ne pourrait rentrer, avec tous les développements qu'elle comporte, dans le cadre de ce travail. Nous espérons toutefois n'omettre aucune idée essentielle dans l'aperçu qui va suivre.

Sans *justa causa* point de Publicienne, partant point de propriété prétorienne. Nous avons déjà exposé les rapports de cette propriété prétorienne avec l'usucapion. Pourvu que la personne puisse être le titulaire, pourvu que la chose puisse être l'objet du *dominium*, la propriété prétorienne c'est ce *dominium* en puissance, en germe, ne demandant qu'un peu de temps pour se transformer en propriété quiritaire. Le temps peut et doit transformer en droit les faits non illicites. L'acquisition *ex justa causa*, même *a non domino*, crée une situation que le

temps consolidera, mais qui déjà est respectable et qui constitue précisément la propriété prétorienne. L'acquéreur n'a pas encore conquis définitivement son grade de propriétaire quiritaire, mais en attendant il en exerce les fonctions utiles.

150. — Les difficultés de cette matière sont pour la plupart l'œuvre des commentateurs.

S'il faut les croire, la *justa causa usucapionis*, cet élément qui justifie aux yeux de la loi le dépouillement du propriétaire au profit du possesseur, se présente dans les textes comme un insaisissable Protée ; tantôt on peut l'analyser en juste titre et bonne foi, tantôt au contraire il y a juste cause d'usucapion, bien que le possesseur ne se fasse aucune illusion. Il y a même des cas où il est impossible de découvrir la moindre trace de ce qu'on appelle un juste titre, ni de ce qui d'ordinaire constitue la bonne foi, et pourtant l'usucapion est admise !

Pour résoudre ces difficultés on a distingué et sous-distingué, on a pulvérisé la matière.

Les commentateurs n'ont pas hésité à attribuer aux Romains les distinctions scolastiques qui étaient leur œuvre propre. D'après eux, il faudrait d'abord distinguer suivant que la possession dérive d'une tradition proprement dite ou d'un acte de l'autorité. Il a fallu ensuite ajouter une troisième série de cas où il n'y a ni tradition ni acte de l'autorité, comme dans l'hypothèse de l'usucapion *pro herede*. Dans ces cas les interprètes ont vu des anomalies parce qu'ils n'y trouvaient ni bonne foi ni *juste cause*, dans le sens qu'ils étaient habitués à attribuer à ce mot dans les hypothèses où il y a eu une tradition.

Ces classifications sont utiles sans doute pour aider la mémoire et faciliter l'enseignement, mais il ne faudrait pas les considérer comme constituant la théorie

romaine de la *justa causa usucapionis.* On arrive ainsi, en examinant le premier cas, celui où la possession est acquise par la tradition, à déclarer que la théorie romaine est dépourvue d'unité, à la présenter comme *un véritable amalgame de deux points de vue tout à fait différents*[1]. Tantôt la *justa causa usucapiendi* se confondrait avec la *justa causa* de la tradition elle-même, c'est-à-dire avec la double intention d'aliéner et d'acquérir, tantôt elle consisterait dans le fait qui motive et explique la tradition « la tradition n'intervenant que pour exécuter cet acte, s'il s'agit d'un fait créateur d'obligations, comme la stipulation [2]. »

151. — La doctrine romaine se présente au contraire sous les traits les moins compliqués, avec un caractère d'unité, de simplicité, de bon sens et d'équité des plus remarquables. Il faut seulement l'étudier historiquement; on reconnaît alors aisément les grandes lignes de l'édifice primitif, on distingue facilement aussi les retouches qu'une longue jurisprudence y a successivement opérées; elles ne sont ni assez nombreuses ni assez profondes pour détruire l'unité du plan originaire.

Il est aisé de montrer le lien qui réunit toutes les solutions.

Au fond, dans chaque cas se pose la question de sa-

1. Accarias, § 233.

2. Accarias, n° 233. — Cela nous mènerait à dire que si la chose d'autrui m'a été livrée pour exécuter une stipulation, mon juste titre serait la stipulation. Tel n'est pas le langage des textes. On sait qu'on usucape alors au titre *pro soluto*, que le juste titre c'est le paiement et non le contrat. — Le système du savant auteur que nous avons cité mène encore à cette conclusion que si la dette n'existait pas, nous nous trouverions dans un cas de titre putatif, alors que le titre consistant dans le paiement, qui est réel, quoiqu'indu, il y a un titre véritable. — A un autre point de vue encore nous avons le regret de ne pouvoir suivre la doctrine du savant maître. Il pense que si un individu qui ne me doit rien s'imagine être mon débiteur, et me livre en paiement une chose dont il est propriétaire, elle devient mienne immédiatement, encore que je sache très bien n'être pas créancier. (Accarias, § 233 *in fine.*) Au temps de Scævola, la chose devenait si peu mienne qu'il y avait vol dans tous les cas : *Furtum fit quum quis indebitos nummos sciens acceperit*, L. 18, D., *de cond. furt.*, 13, 1. Voyez plus bas note 25.

voir *s'il est juste que le possesseur usucape*, s'il mérite plus ou moins d'intérêt que le propriétaire négligent.

La réponse à cette question dépend, on le conçoit, des circonstances du fait, et comme les faits peuvent présenter des nuances infiniment variées, il eût été déraisonnable de tracer à l'avance des règles abstraites qui auraient nécessairement mené dans bien des cas à des résultats choquants. Tout se réduit, ainsi qu'on va le voir, à une question de bon sens.

152. — La loi des XII Tables se bornait à fixer le délai de l'usucapion, et à déclarer imprescriptibles certaines choses. Les intérêts des incapables étaient sauvegardés, au moins partiellement, les biens des femmes en tutelle légitime ne pouvaient être usucapés [3]. Les choses volées étaient aussi frappées d'imprescriptibilité.

Toute la théorie de la *justa causa usucapionis* est contenue dans cette dernière prohibition.

Le juge avait à rechercher si celui qui avait possédé pendant le délai requis s'était ou non rendu coupable de vol, pour lui faire perdre son procès ou lui donner gain de cause.

Mais quand y a-t-il vol ?

Ici il faut dresser deux listes :

153. — *A*) Il y a d'abord un certain nombre de cas où le vol n'est pas possible, quelle que soit l'intention bonne ou mauvaise du possesseur, des cas où tout au moins l'idée du vol est exclue par les circonstances, comme par l'effet d'une présomption irréfragable.

Alors, bien entendu, le juge n'aura point à rechercher la bonne ou la mauvaise foi du possesseur.

Voici ces hypothèses :

154. — *a*) Usucapion *pro herede*. Les Romains n'admettent pas qu'il y ait vol relativement aux objets com-

3. Voyez *supra* Chapitre VI, note 12.

pris dans une succession et dont l'héritier n'a pas encore pris possession à moins qu'il ne s'agisse d'un héritier nécessaire[4]. Donc, on peut s'emparer des valeurs héréditaires sans commettre un vol, et, à l'expiration du délai, le possesseur aura usucapé; on sait qu'à l'origine, c'était le titre même d'héritier qu'il acquérait ainsi.

Gaius [5] allègue, pour justifier cette usucapion, l'intérêt religieux et l'intérêt des créanciers. Il fallait que les successions fussent acceptées promptement pour assurer la célébration des *sacra* et le paiement des dettes.

Dans un État fort restreint, dans une petite ville, comme l'était la Rome des premiers temps, lorsqu'une succession reste vacante, il y a gros à parier qu'elle est mauvaise, sans quoi il se présenterait plutôt deux héritiers qu'un seul.

Dans ces conditions, un parent, un ami, un voisin prend le soin pieux d'offrir les sacrifices d'usage sur la tombe du défunt, il assure ainsi le repos de son âme; et, pour que sa mémoire soit respectée, il paie les créanciers; pour y arriver il cultive les terres, liquide l'actif réalisable, en un mot, il se comporte en héritier, au vu et au su de tous ses concitoyens.

Le plus souvent, nous l'avons dit, il devra y mettre du sien. Pourtant, si par hasard, grâce à ses soins peut-être, cette succession, dont personne ne voulait, se liquide enfin par un excédant, admettra-t-on les héritiers qui se sont abstenus lorsqu'ils croyaient l'hérédité mauvaise, qui ont laissé en souffrance l'âme et la mémoire du défunt, à venir longtemps après réclamer à l'ami dévoué le reliquat inespéré de la liquidation dont il a eu toutes les peines?

4. G., III, § 201. Plus tard Paul, L. 6, D., *Expil. hered.*, 47, 19, répète encore: *Rei hereditariæ furtum non fit, sicut nec ejus quæ sine domino est.*
5. II, § 55.

La morale protesterait !

D'une part, l'acte du possesseur s'explique par les motifs les plus louables, nul n'a le droit de voir en lui un voleur.

D'autre part, les héritiers ne méritent aucun intérêt, et remarquez que si leur sexe ou leur âge les a empêchés d'agir, la loi les protège en déclarant leurs biens imprescriptibles [6]; s'ils servent au loin la République, le préteur interviendra.

Cette usucapion n'avait donc rien d'improbe à l'origine. Mais quand la petite ville fut devenue un vaste empire, alors il put se faire que par suite de l'éloignement des héritiers, une succession opulente fût en proie aux usurpateurs. Alors cette usucapion devint improbe; on sait que la jurisprudence en restreignit d'abord la portée aux choses corporelles de la succession ; faire plus elle ne le pouvait, il fallut que le sénat intervînt et permît à l'héritier véritable de faire rescinder l'usucapion [7].

Si donc ici l'usucapion s'accomplit sans bonne foi, c'est que le vol n'est pas admissible. Gaius (III, § 201) rapproche en effet les deux idées. La jurisprudence a créé ici une présomption légale de non culpabilité.

155. — *b)* Gaius rapproche aussi les deux idées (usucapion possible parce que le vol n'est pas admissible) dans les cas d'*usureceptio fiduciæ causa* [8].

On a confié un dépôt à un ami ; pour qu'il pût mieux le garder, on lui en a transféré la propriété, avec clause de fiducie par laquelle il s'engage à retransférer la propriété au déposant. Sera-t-on traité de voleur si

6. Pour les choses *mancipi* de la femme en tutelle, la loi des XII Tables avait statué. Voy. plus haut Chapitre VI, note 12. Pour les pupilles ou mineurs la protection prétorienne et impériale ne vint que plus tard.

7. G., II, §§ 54, 57.

8. G. III, § 201 et II, §§ 59, 60, 61.

l'on a repris l'objet, sans qu'un transfert légal vous en ait rendu la propriété ?

Le débiteur qui, après avoir engagé sa chose par une mancipation fiduciaire, en reprend possession après avoir payé le créancier, n'est pas non plus un voleur, sa conduite ne mérite aucun reproche, il a négligé seulement la formalité du retransfert !

Que s'il n'a pas encore payé, l'usucapion est lucrative, nous dit Gaius, en ce sens qu'il regagne, sans avoir rien donné, l'objet engagé. Mais comment a-t-il pu reprendre possession? Trois hypothèses sont possibles :

1° C'est sans la permission du créancier ; alors il a commis un vol ; on connaît la conséquence : imprescriptibilité absolue de l'objet. Remarquez d'ailleurs qu'il s'agit ici d'un vol de propriété, puisque le créancier est propriétaire, ce qui évite les difficultés qui naissent dans le cas du simple créancier gagiste [8 bis].

2° C'est avec l'autorisation du créancier, mais ce dernier n'a pas entendu renoncer à sa sûreté ; alors il fait au débiteur une concession à titre de précaire ; point d'usucapion (G., II, § 60).

3° C'est avec l'autorisation, expresse ou tacite du créancier, et ce créancier n'a pas, par une convention de bail ou de précaire, réservé ses droits : alors il a manifestement renoncé à sa garantie [9]; l'usucapion se produit ; rien de plus équitable, le débiteur n'ayant commis aucun vol.

Et pourquoi l'usucapion est-elle possible dans ce cas, sans autres conditions que la possession ?

Précisément parce que l'idée de vol est ici inadmissible !

Reste le cas d'*usureceptio ex prædiatura*. Nous

8 *bis*. Voyez Desjardins, *Traité du vol*, p. 230 et s.
9. Maynz, I, § 239, note 7.

avons peu de renseignements à cet égard. Mais comme il s'agit d'un individu dont le bien, engagé à l'Etat, a été vendu faute de paiement de la dette, il y a analogie avec le cas précédent ; probablement il fallait que le débiteur eût payé sa dette ou remboursé le prix au *prædiator* (adjudicataire) [10]. S'il en est ainsi, cet ancien propriétaire rentré en possession n'est point un voleur et pourra usucaper.

156. — *c*) Le mari qui acquiert *usu* la *manus* sur sa femme est dans la situation d'un acquéreur ayant reçu *a domino* tradition d'une *res mancipi*. Ce n'est pas un voleur, donc il usucape.

157. — *d*) N'est pas un voleur non plus celui qui possède par autorité de justice. C'est l'évidence même. Donc il usucapera. Ceci s'applique à la *missio in possessionem ex secundo decreto, damni infecti nomine* [11], et au cas de *ductio noxalis* [12] de l'esclave auteur du délit et dont le maître ne se présente pas.

158. — *e*) Enfin, il n'y a pas vol non plus de la part de celui qui, victime d'un délit commis par un esclave, s'attaque au possesseur et en reçoit un abandon noxal, sachant que ce possesseur n'est pas propriétaire de l'esclave. Il peut d'ailleurs ignorer quel est le véritable propriétaire, celui-ci s'empresserait peut-être de nier sa propriété. Les nécessités pratiques obligent donc à donner à la victime l'action noxale contre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi [13]. Dès lors elle est bien forcée d'accepter l'abandon noxal que lui offre le possesseur, donc cette victime du délit prend possession de la manière la plus légitime. Ici, à raison des circonstances, et, comme dans les cas précédents, l'idée de vol doit être écartée *a priori* ; il n'y a donc

10. *Sic* : Maynz, I, § 196, note 39. — Accarias, I, n° 245 *in fine*.
11. Voyez *supra* Chapitre XIII, note 11.
12. L. 28, *in fine*, D., *De noxal. act.*, 9. 4. — L. 6, D., *h. t.*
13. L. 11, L. 13, D., *De noxal. act.*, 9. 4.

pas lieu de se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur.

159. — *B)* Cas où un vol est possible. Ce sont tous ceux qui ne rentrent pas dans l'énumération précédente. Ici il peut y avoir vol, il faudra donc rechercher si ce délit a été oui ou non commis. Or, cela dépend de la question de savoir si le possesseur, au moment où il a pris possession, était de bonne ou de mauvaise foi. Dans ces hypothèses la question de bonne foi s'est posée de tout temps à Rome, et, à ce point de vue, il nous semble inexact de dire qu'anciennement l'usucapion s'accomplissait sans juste titre et sans bonne foi [14].

Stinzing est dans le vrai, à notre avis, lorsqu'il soutient qu'à l'origine la seule condition requise était *que l'objet n'eût pas été volé* [15]. Mais il se trompe lorsqu'il voit dans l'Edit sur la Publicienne l'origine de l'exigence du juste titre.

Nous avons essayé de montrer plus haut, que cette idée est inadmissible [16]. Nous croyons plutôt, avec Es-

14. Cette théorie a été exposée récemment par notre savant collègue M. Esmein. Nouv. Rev. hist., 1885, p. 261, etc. Il cite dans le même sens : Stintzing, *Das Wesen von bona fides und titulus in der rœmischen Usucapionslehre*, Heidelberg, 1852 ; — Pernice, *Marcus Antistius Labeo*, t. II, p. 152 et s. ; — Kruger, *Puchta Institutionen*, 8e édition, 1875, t. II, p. 208, § 229, note ii ; — Voigt, *Die XII Tafeln*, 1883, t. II, § 91, p. 232 et s. — Sumner-Maine, *Ancient Law*, 4e ed., p. 284, 285. — En sens contraire, voyez Peiron, *op. cit.* Voyez *supra* Chap. X, texte et notes 12 et suivantes.

15. Mais c'est aller trop loin, ce nous semble, que de dire : (Esmein, *loc. cit.* p. 266) « L'usucapion brutale et grossière que nous imaginons, qui peut s'accomplir sans juste titre et sans bonne foi, et qui peut commencer par une prise de possession unilatérale, ne fait pas tache dans le milieu du très ancien droit. » Voy. aussi p. 265. « Dans les temps anciens, sous une procédure grossière, l'usucapion ne pouvait procurer une sécurité complète aux acquéreurs honnêtes qu'à la condition de ne permettre aucune recherche sur la forme de leur acquisition et sur l'esprit dans lequel ils l'avaient faite. » — C'est perdre de vue que toute appréhension de la chose d'autrui, accomplie de mauvaise foi, constitue un vol et exclut à jamais l'usucapion. Les défenseurs de Virginie, bien qu'il y eût quinze ans de possession, ne songèrent pas un seul instant à invoquer l'usucapion, parce que Claudius alléguait un vol. Liv. III, 44 et s. Denys, XI, 28, voy. *infra* note 23 *in fine*.

16. Maynz semble l'adopter t. I, § 199, Observation. Voyez *supra* Chap. X, nos 95 et s.

mein. que la théorie de la *justa causa* a été lentement élaborée par la jurisprudence, mais nous ne sommes pas tout à fait d'accord avec lui sur la manière dont s'est formée cette jurisprudence. Pour notre savant collègue (*loco cit.* p. 286), elle eut pour point de départ la théorie de la clandestinité [17].

A nos yeux, c'est de l'interdiction d'usucaper les choses volées que découle l'exigence de la *justa causa.* Si l'on se souvient qu'autrefois les immeubles pouvaient être volés [18] et que le seul fait d'appréhender sciemment la chose d'autrui constituait un vol [19], on comprendra que dans tous les procès sur l'usucapion, c'est-à-dire dans presque tous le procès de propriété [20], les plaidoiries aient roulé principalement sur la question de savoir si l'une ou l'autre des parties était de bonne ou de mauvaise foi au moment où elle avait pris possession de la chose.

160. — Prouver directement la mauvaise foi, phénomène de conscience, cela n'est pas facile. La nature même des choses veut donc qu'on se contente ici d'indices, de présomptions; le juge décidera selon ses impressions.

Si l'adversaire interrogé ne justifie d'aucun acte légal d'acquisition, sa déloyauté deviendra certaine [21].

17. Voyez *supra* Chapitre X, note 22.

18. L. 38, D., *De usurp.*, 41, 3. — L. 25 pr., D., *De furtis*, 47, 2.— G. II, 51. — Inst. II, 6, § 7. — Aulu-Gelle XI, 18, 13, nous apprend que Sabinus admettait encore le vol d'immeubles. Cette opinion avait encore quelques partisans au temps d'Ulpien : L. 25, *pr.* D., *De furtis*, 47, 2.

19. G. III, § 195.

20. Car, dans la plupart des cas, pour prouver la propriété il faut en arriver à invoquer l'usucapion.

21. Ceci répond à l'objection de Peiron, *op. cit.* p. 15. L'auteur prétend que le demandeur, après avoir démontré victorieusement l'existence de son droit de propriété, devait encore établir à la charge de l'usurpateur un véritable vol, et que, s'il ne pouvait réussir à faire cette dernière preuve, il était écarté par l'usurpateur qui n'avait à justifier d'aucun titre. — Mais le fait seul, chez mon adversaire, de ne pouvoir justifier d'un titre d'acquisition pour une chose dont je prouve avoir été propriétaire, suffit manifeste-

Ainsi, on devait nécessairement exiger la bonne foi, dans tous les cas où sans elle il y aurait eu vol ; cela menait nécessairement à demander aussi la représentation d'un titre justificatif de cette bonne foi ; il fallait expliquer de quelle manière on était entré en possession, il fallait montrer que, par suite des circonstances, on avait dû se croire légitimement maître de la chose. Je ne dis pas : se croire propriétaire quiritaire, car celui qui reçoit une chose *mancipi* par la tradition ne peut se faire cette illusion.

Parfois même, vouloir que le possesseur se soit cru propriétaire, ce serait trop exiger. Il suffira qu'il n'ait pas eu l'intention coupable de s'approprier le bien d'autrui *sans le consentement du propriétaire*. Celui qui achète sciemment d'un mari un bien qui a été donné à ce mari par sa femme, ne peut pas croire le vendeur propriétaire, puisque la donation entre époux est nulle ; cet acheteur ne croit donc pas être devenu propriétaire : il usucape pourtant, parce qu'en définitive sa possession n'est pas contraire à la volonté du propriétaire, c'est-à-dire de la femme donatrice ; il possède *quasi volente et concedente domino*, L. 5, *pr*. D., *Pro derelicto*, 41, 7 [22].

161. — Plus tard on admit que les immeubles n'étaient pas susceptibles de vol ; dès lors le fait de pren-

ment pour démontrer la mauvaise foi, partant le vol ; quant aux allégations vagues, telle que celle d'avoir acheté d'inconnus, il n'y a qu'à assister à une audience correctionnelle pour voir quel compte les juges en tiennent d'ordinaire.

22. Tel est encore le cas où un conjoint donne à son époux une chose qui n'appartient pas au donateur ; comme il ne s'appauvrit point, la donation est licite ; mais le conjoint donataire, qui, lui, a cru le donateur propriétaire (car autrement sa mauvaise foi empêcherait l'usucapion) n'a pu se figurer être devenu propriétaire de la chose, puisqu'il a dû croire la donation nulle. Malgré cela il usucape, car toute idée de vol est loin de sa pensée (L. 25, D., *De don. inter*, 24, 1, L. 3, D., *Pro donato*, 41, 6). La bonne foi consiste donc seulement dans la persuasion où l'on est, qu'en s'appropriant la chose on n'agit pas contre la volonté du propriétaire : autrement dit, qu'on ne commet aucun vol, en se plaçant au point de vue de l'ancien droit d'après lequel les immeubles mêmes pouvaient être volés.

dre sciemment possession de l'immeuble d'autrui n'aurait pas dû empêcher l'usucapion, pourvu qu'il n'y eût pas eu dépossession violente.

Cependant la jurisprudence, habituée à exiger la bonne foi et la justification des motifs légitimes sans lesquels elle ne saurait exister et qui constituent le juste titre, la jurisprudence, disons-nous, persista à réclamer même pour les immeubles la bonne foi et le juste titre.

C'est ainsi que la bonne foi et ses motifs qui constituaient autrefois des conditions *objectives* de l'usucapion, en ce sens que la chose était rendue imprescriptible pour tous dès qu'un de ses possesseurs avait été de mauvaise foi [23], devinrent désormais, tout au moins pour les immeubles, des conditions *subjectives* de l'usucapion. Le possesseur de mauvaise foi ne pourra, lui, usucaper, mais il n'entachera plus l'immeuble du vice de furtivité.

162. — Le titre n'a donc été requis que comme justification de la bonne foi ; c'est ce qui explique que, tout d'abord, le titre putatif équivalait au titre réel ; c'était là, paraît-il, une opinion générale [24].

Plus tard une réaction se produisit ; le délai d'usuca-

23. Tout le monde reconnaît que la loi des XII Tables avait prohibé en termes généraux et objectivement l'usucapion des choses volées, atteignant ainsi non seulement le voleur, mais tout possesseur, même de bonne foi. Mais, suivant Esmein (p. 371), c'est le voleur que la loi visait en prohibant ici l'usucapion. Nous pensons plutôt que la loi avait *intentionnellement* prohibé l'usucapion à l'égard de tous (*Sic*, Pernice Labeo II, p. 155). C'est dans ce sens général qu'elle fut interprétée dès le lendemain de sa promulgation. Le client d'Appius Claudius reconnaissait lui-même la bonne foi de Virginius, cependant il revendiquait après quinze ans. Tite-Live, qui vous raconte ce célèbre procès, a pris les éléments de son récit dans de très anciens auteurs : Liv. III, 47, § 5, et III, 44, § 9 : *Puellam domi suæ natam, furtoque in domum Vergini translatam suppositam ei esse : id se indicio compertum adferre probaturumque vel ipso Verginio judice*, AD QUEM MAJOR PARS INJURIÆ EJUS PERTINEAT.

24. Voyez plus haut, Chapitre XI, nº 116. Le titre putatif était encore admis d'une manière générale par Neratius, sous Trajan, L. 5, § 1, D., *Pro suo*, 41, 10. Quelques années plus tard, sous Hadrien la réaction se produit avec Celse le fils, L. 27, D., *De usurp.*, 41, 3 ; elle n'avait pas encore triomphé sous Antonin le Pieux.

pion était devenu trop bref pour un grand empire ; on comprend fort bien la tendance jurisprudentielle qui a cherché à rendre les conditions de l'usucapion plus rigoureuses en exigeant, dans bien des cas, un titre réel et en n'admettant point l'erreur de droit. Voilà la principale retouche de la jurisprudence. Faudra-t-il, en cas d'erreur de droit, permettre à l'ignorant d'usucaper, alors qu'un homme expert dans le droit ne l'aurait pu faire ? Faudra-t-il admettre à l'usucapion celui dont l'imagination trop prompte, la crédulité trop facile, constitue le seul titre, alors qu'une personne plus circonspecte aurait discerné l'inexistence du titre et n'aurait pu usucaper ? Ces résultats ont paru choquants ; le bon sens n'a point permis qu'on accordât une prime à l'ignorance ou à la légèreté.

163. — Par conséquent, la *justa causa* de l'usucapion n'est autre chose que l'ensemble des circonstances qui empêchent qu'il y ait *vol* [25]. Il n'y a pas vol dans deux séries de cas :

1° Soit parce que les circonstances dans lesquelles la prise de possession a eu lieu, lui enlèvent *a priori* tout caractère frauduleux.

2° Soit parce que ces circonstances font présumer

25. A l'époque de Scævola, c'est-à-dire peu de temps avant les grands classiques, on disait encore, sans distinction, que recevoir sciemment un paiement indu, c'était commettre un vol, L. 18, D., *De cond. furtiva*, 13, 1. — Dès lors l'*accipiens* de mauvaise foi ne pouvait usucaper. Plus tard on distingua : il n'y aura vol que si le prétendu créancier a pris le nom du créancier véritable, ou a autrement circonvenu le débiteur (L. 18, L. 38, § 1, D., *De solut.*, 46, 3. — L. 43, *pr.*, § 1, L. 80, § 6, D., *De furtis*, 47, 2) ; mais on continua pourtant comme autrefois, à décider que celui qui reçoit de mauvaise foi un paiement indu ne peut usucaper, L. 48, D., *De usurp.*, 41, 3. — L. 2. pr., D.. *Pro emptore*, 41, 4. — L. 3, D., *Pro suo*, 41, 10.

De même, celui qui traitant avec un mandataire chargé de vendre, collude avec lui pour avoir la chose à vil prix, ne saurait usucaper : L. 7 § 6, D. *Pro empt.*, 41, 4. Il y a de sa part une complicité d'abus de confiance assimilable au vol. Dans ces deux cas, la théorie généralement enseignée, qui voit la bonne foi dans la croyance qu'on devient propriétaire, est en défaut. Elle l'est encore dans l'hypothèse de la L. 3. D., *Pro donato*, 41, 6 ; Voyez ci-dessus note 22.

que l'*usucapiens* a été exempt de toute intention frauduleuse.

Si l'acquéreur a reçu tradition, ou s'il a pris spontanément possession, quelles sont les circonstances de nature à faire présumer chez lui l'absence d'intentions frauduleuses ?

Ce seront manifestement les actes ou faits juridiques antérieurs ou concomitants à la tradition ou à la prise de possession et qui les expliquent et les justifient.

Voilà la *justa causa,* le *justus titulus* de l'usucapion ! On dira qu'on usucape au titre *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, *pro legato*, *pro derelicto*, etc.

Cette théorie très simple explique, à notre gré, les textes plus aisément que toute autre.

164. — La *justa causa* ne peut jamais consister dans la tradition elle-même, isolée de ses motifs. La tradition séparée de ses motifs n'a en effet, en droit, aucun sens précis ; il est impossible, sans en connaître le pourquoi, d'en déterminer les effets. Il en est de même de toute prise de possession spontanée. Le seul effet qu'on puisse prévoir, c'est l'effet matériel de la tradition, la mise de la chose à la disposition de l'*accipiens*. On ne saurait même dire à l'avance si par l'effet de cette prise de possession, le possesseur se croira en droit d'agir en maître sur la chose.

De là résulte que, pour désigner la juste cause d'usucapion en cas de tradition, les Romains n'ont pas employé l'expression « *pro tradito* », ce qui n'aurait rien voulu dire de précis, mais qu'allant tout droit au motif de la tradition, ils nous ont parlé d'usucapion aux titres *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, *pro soluto*, etc., [25 bis]. Il en est de même dans les cas de prise de possession sans tradition : *pro herede*, *pro derelicto ;* on désigne le

25 *bis*. Voyez ci-dessus Chapitre X, n° 109, note 35 *bis*.

motif qui détermine la prise de possession : l'intention de se porter héritier, la croyance à l'abandon de la chose [26]. Quant au legs, comme on trouve en lui, non seulement l'acte translatif, mais encore le motif de la translation, qui est l'intention de faire une libéralité posthume, on a pu parler de l'usucapion *pro legato*.

Voilà pourquoi, en cas d'acquisition par tradition, on considère, non pas la tradition, mais ses motifs, comme étant l'élément justificatif de la bonne foi, la *justa causa usucapionis* en un mot.

165. — Ainsi, toutes les fois que l'idée de vol n'est pas exclue a *priori* par les circonstances du fait (comme dans les cinq cas énumérés au commencement de ce Chapitre), la bonne foi est requise ; la *justa causa*, c'est l'élément justificatif de cette bonne foi.

A ce point de vue le juste titre et la bonne foi sont inséparables. Si la bonne foi manque, il n'y a plus de juste titre. Julien (L. 33, § 1, D., *De usurp.*, 41, 3) affirmait que l'acheteur de mauvaise foi ne possédait point *pro emptore*, mais *pro possessore*. Voy. aussi Frag. Vat., § 1.

Je sais bien que Paul (L. 2, § 1, D., *Pro empt.*, 41, 4), semble dire le contraire :

26. Les titres *pro mancipato, pro in jure cesso*, imaginés par Ubbelohde (*Ueber die usucapio pro mancipato*, Marburg 1873) n'ont pu exister. Avant que la mancipation ne devînt une pure formalité, l'*accipiens* était un *emptor*, témoin le nom d'*emptor familiæ* donné à celui à qui le testateur mancipait son patrimoine (G. II, §§ 103, 104), donc celui qui avait reçu mancipation usucapait alors *pro emptore*. Plus tard le titre *pro mancipato* n'a pu être admis, car il n'est pas suffisamment justificatif de la bonne foi. Celui qui, pour légitimer sa prise de possession, alléguerait que la chose lui a été mancipée, sans pouvoir dire pourquoi, serait manifestement de mauvaise foi. Or, dès qu'il est forcé de dire : cette mancipation m'a été faite pour cause de paiement, de vente, etc., c'est à ces titres qu'il usucapera ; la mancipation ne lui sert pas plus qu'une tradition, car il usucaperait tout aussi bien s'il avait reçu seulement tradition.

Quant à la *cession in jure*, elle n'est pas non plus suffisamment justificative de la bonne foi. Celui qui ne pourrait pas dire pour quel motif économique cette cession a eu lieu, prouverait par là sa mauvaise foi ; la cession serait avec raison regardée comme l'effet d'un concert frauduleux entre le cédant et le cessionnaire.

Separata est causa possessionis et usucapionis; nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide; quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat. Mais remarquez que Paul se garde bien de dire que l'acheteur de mauvaise foi a un juste titre [26 bis].

Abusant de ces expressions et de quelques autres qu'on peut rencontrer dans les textes (voy. Maynz, n° 199, note 37), les modernes ont considéré le juste titre et la bonne foi comme deux éléments distincts de l'usucapion.

Il est vrai que les textes finissent par distinguer le juste titre et la bonne foi, mais c'est uniquement par suite de la règle nouvelle qui proscrit le titre putatif, et pour bien indiquer que la bonne foi sans titre réel ne suffirait pas.

Mais le titre n'en reste pas moins l'élément justificatif de la bonne foi, en ce sens que sans bonne foi, il n'y aura point de *justa causa*, de *justus titulus*. Le titre le plus juste en soi, objectivement, cessera d'être un *justus titulus* subjectivement si le possesseur est de mauvaise foi [26 ter]. A tout autre point de vue que celui de l'exclusion du titre putatif, le titre n'est point distinct de la bonne foi, il n'en doit pas être séparé.

Ce sont les modernes, non les Romains, qui ont créé cette distinction plus nuisible qu'utile [27].

26 *bis*. Il se borne à constater qu'*au point de vue de la possession*, non pas à celui de l'usucapion, l'acheteur possède *pro emptore*.

Quelle est la portée pratique de cette constatation? Peut-être Paul veut-il dire qu'on ne pourra, même contre un acheteur de mauvaise foi, intenter la pétition d'hérédité (qui compète, on le sait, contre ceux qui possèdent *pro possessore*) et qu'il faudra avoir recours à la revendication.

Ulpien, L. 13, § 1, D., *De hered. pet.*, 5, 3, disait d'ailleurs : *si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti, utique pro possessore possideo* : si j'avais été de bonne foi j'aurais possédé au titre *pro soluto*, (voy. *infra* Section III) puisqu'Ulpien a soin de faire ressortir la mauvaise foi ; on voit donc que pour Ulpien la mauvaise foi efface le juste titre. Ce qui prouve qu'au fond la bonne foi et le titre sont inséparables.

26 *ter*. Voyez la note précédente.

27. Sous le bénéfice de cette attribution aux modernes, d'une responsabilité

166. — Nous pouvons rechercher maintenant comment s'acquiert, en général, la propriété prétorienne sanctionnée par la Publicienne. L'Edit exige que la tradition ait été reçue *ex justa causa*. Le sens de cette expression se trouve dès lors déterminé ; il faut que la tradition[28] ait été reçue en vertu de motifs tels que l'*ac-*

qui nous paraît leur incomber plus qu'aux Romains, nous nous associons aux judicieuses remarques de Maynz, t. I, § 199, Observation : « Nous estimons, dit-il, que cette distinction s'écarte à la fois de la nature des choses et de l'esprit vrai du droit romain... C'est évidemment le désir de corriger le vague que présentait l'ancienne locution de *justa causa* qui engagea les jurisconsultes romains [pour notre part nous disons : *qui a engagé les modernes*] à adopter cette analyse et les fit échouer contre un écueil qu'ils avaient si heureusement évité dans d'autres matières... Nous disons : *écueil :* c'est, en effet, un procédé illogique que de soumettre à une analyse prétendûment rigoureuse des notions dont la nature n'est ni rigoureuse ni absolue. Or, l'usucapion suppose essentiellement une acquisition faite en dehors de la légalité; sous ce rapport elle a donc une base négative et conséquemment vague. Aussi l'analyse dont il s'agit, au lieu d'apporter la précision dans la matière, a plutôt fait naître des incertitudes et des anomalies.

« D'abord, en ce qui concerne la bonne foi, l'on n'est pas parvenu à en donner une définition irréprochable, et, malgré les modifications plus ou moins arbitraires qu'on a fait subir à la notion, on s'est vu forcé d'admettre jusque dans le droit de Justinien des usucapions sans bonne foi. Quant au *justus titulus*, on n'a pas même essayé de le définir exactement, et encore, malgré le vague qu'on a laissé à la notion, n'a-t-on pu faire du juste titre une condition générale et absolue, sans aboutir à des conclusions impossibles. Aussi a-t-on été obligé de détruire implicitement le principe qu'on venait de créer, en admettant des titres putatifs, et même de faire entièrement abstraction du titre dans l'usucapion des servitudes, tout en étendant largement le domaine du titre *pro suo*. A notre avis donc, la réforme qui consiste à décomposer la *justa causa* en *bona fides* et *justus titulus* n'a fait que nuire au développement conséquent de notre institution. Au lieu de s'enchaîner par une analyse doctrinale, inexacte dans l'espèce, les jurisconsultes romains auraient mieux fait de suivre leur procédé habituel et de résoudre par des décisions isolées et pratiques, les difficultés que pouvait présenter la notion de la *justa causa* dans ses diverses applications... »

Pour notre part nous croyons, et nous espérons démontrer en étudiant tout à l'heure les différents titres, que les Romains sont ici restés fidèles à leur méthode, qu'ils ont résolu chaque cas isolément, par des motifs de bon sens pratique, et que la plupart des difficultés signalées par les modernes naissent de ce que nous avons voulu nous placer à un point de vue systématique qui est étranger aux sources.

28. Ou la prise de possession sans vices, nous ne reviendrons plus sur ce point. Les vices de clandestinité, violence ou précaire sont des indices certains de mauvaise foi. On sait d'ailleurs que si l'on avait déjà la chose entre les mains, la *justa causa* suffirait, L. 9, § 11, D., *h. t.* — D'un autre côté on ne saurait usucaper si l'on prend spontanément possession d'une chose qu'on a achetée ou stipulée ; la vente et la stipulation justifieraient la tradition faite par le vendeur ou le débiteur, mais ne m'autorisent nullement à m'emparer de la chose sans sa permission. Paul n'hésite pas à qualifier cela d'acte de brigandage : *non pro emptore possides sed prædo es.* (L. 5, D., *De adq. pos.*, 41, 2).

cipiens ait pu se croire fondé à se comporter en maître de la chose. S'il n'y a pas de tradition il faut que les motifs qui ont déterminé la prise de possession, ou la rétention d'une possession ou d'une détention précédemment acquise à un autre titre, présentent exactement le même caractère.

Bien entendu les exigences nouvelles de la jurisprudence, qui réclame dans la plupart des cas un titre réel pour l'usucapion, et qui exclut l'erreur de droit, s'appliqueront à la Publicienne puisque le juge aura à examiner si le demandeur aurait pu usucaper.

Ces observations résolvent par avance les principales difficultés que nous allons rencontrer dans l'étude des différents *justæ causæ*. Si les principes que nous venons de poser expliquent naturellement tous les textes, leur exactitude sera par là même démontrée.

Nous avons déjà traité le cas de vente (*supra* Chapitres VII à XIII), il ne nous reste plus qu'à passer en revue les autres titres.

Section II. — *Litis æstimatio et échange.*

167. *Litis æstimatio*; diverses difficultés. — Cas où le défendeur s'est offert au procès. — 168. Il a perdu la possession par sa faute. — 169. Il l'a perdue par son dol. — 170. Il refuse de restituer. — 171. Cas d'échange.

167. — Il est tout d'abord deux titres qui présentent de grandes analogies avec le titre *pro emptore :*

Si, dans une action en revendication, le défendeur est condamné à l'estimation de la valeur de la chose et offre de la payer, il se trouve dans la situation d'un acheteur. Il avait déjà la possession, la tradition n'est donc pas nécessaire [29].

29. Voyez Pellat, p. 294, 138, 379, 491, 492. Accarias, § 808. — L. 3, D., *Pro empt.*, 41, 4. L. 1, *eod.* : *Possessor qui litis æstimationem obtulit, pro emptore incipit possidere*. L. 46, D., *De rei vind.* 6, 1. — L. 22, D., *Rerum amot.* 25, 2.

L. 7, § 1, *h. t.* :

Si lis fuerit æstimata, similis est venditioni, et ait Julianus libro vicesimo secundo Digestorum, si obtulerit reus æstimationem litis, Publicianam competere.

Il y a ici plusieurs difficultés.

D'abord dans quels cas le défendeur peut-il être condamné, sur une action réelle, à une somme d'argent ?

Evidemment dans le cas où il ne restitue pas.

Mais pourquoi ne restitue-t-il pas ? Quatre hypothèses seulement sont possibles :

1° Parce qu'il n'a jamais possédé. Alors il s'est offert au procès, *se liti obtulit*, dans le but de permettre au possesseur d'usucaper. Dans ce cas il n'a certainement pas la Publicienne : le demandeur en effet, non content de la *litis æstimatio*, peut encore aller réclamer la chose au possesseur véritable [1]. Il conserve donc son action, ce qui exclut la possibilité de donner, relativement à la même chose, l'action publicienne au possesseur actuel.

168. — 2° Le défendeur ne restitue pas parce qu'il a perdu la possession par sa faute, mais sans dol. C'est de cette hypothèse que traite la L. 63, D., *De rei v.* 6, 1, [2] et, sans aucun doute, elle rentre aussi dans

(1) [illegible]

(2) [illegible]

les termes généraux de notre fragment 7, § 1, D. *h. t.*

Mais il y a ici une difficulté.

La *litis æstimatio*, qui ressemble à la vente, nous fournit bien le juste titre, mais où se trouve la tradition ou la prise de possession correspondante ? Au moment où intervient cette espèce de vente, l'acheteur, ici le défendeur, n'a plus la chose en sa possession, puisque c'est précisément pour cela qu'il ne peut la restituer !

On ne saurait exiger pourtant qu'il commence par reprendre possession de la chose, pour lui accorder ensuite en cas de nouvelle dépossession, la Publicienne ; il en a besoin tout de suite, précisément pour recouvrer la possession.

Cependant, si le demandeur avait été propriétaire, le défendeur ne le serait pas devenu avant d'avoir pris possession de la chose[30]. Par une raison d'analogie, on devrait dire que si le demandeur n'est pas propriétaire, le défendeur n'acquiert la Publicienne qu'après avoir pris possession. Mais ce résultat aurait, comme nous l'avons vu, de graves inconvénients pratiques : c'est immédiatement que le défendeur a besoin d'une action. On lui donnera donc la Publicienne, mais c'est s'écarter un peu des règles ordinaires.

D'ailleurs la L. 63, *De reiv.*, citée à la note précédente, nous montre clairement que le préteur le protège immédiatement par la Publicienne. Voilà donc une personne chez qui le juste titre ne se réalise qu'après qu'elle a perdu la possession de la chose, et à qui pourtant on accorde la Publicienne ; évidemment c'est s'écarter assez sensiblement de l'hypothèse normale.

30. L. 46, L. 47, D., *De reiv.*, 6, 1. Après avoir dit dans la L. 46 que le paiement de la *litis æstimatio* transfère la propriété au défendeur, Paul ajoute dans la L. 47 : *Hæc ita si res præsens sit ; si absens, tunc quum possessionem ejus possessor nanctus sit ex voluntate actoris*, etc.

On admet bien que la remise de la chose peut précéder la vente, mais c'est à la condition qu'au jour de la vente la chose soit encore aux mains de l'acheteur [30 bis].

Aussi un texte [30 ter] appelle-t-il quasi-Publicienne l'action donnée à notre défendeur. Sans doute le préteur devait ici modifier quelque peu la formule ordinaire.

169. — 3° Le défendeur ne restitue pas parce qu'il a perdu la possession par son dol. Ici ce défendeur, bien que payant la *litis æstimatio*, que le demandeur peut même, s'il le veut, fixer sur son serment [31], n'aura pas la quasi-Publicienne; le demandeur ne lui cède pas ses actions, et par conséquent reste maître de recouvrer la chose contre le possesseur actuel; le demandeur ne promet pas non plus au défendeur la garantie d'éviction, toutes choses qu'il devrait faire si le défendeur avait perdu la possession par sa faute, mais sans dol.

170. — 4° Enfin reste le cas où le défendeur ne restitue pas parce qu'il ne *veut* pas restituer et préfère se laisser condamner. A l'époque classique, l'*arbitrium* du juge, du moins dans l'opinion que nous adoptons (Voyez *infra* Chapitre XXIV, Section VI, note 54), ne pouvait être exécuté *manu militari*, mais la conséquence du refus du défendeur était la fixation possible du chiffre de la condamnation par le serment du demandeur [31 bis]. — Notre défendeur doit-il ici, c'est-à-dire en cas de résistance (*contumacia*) être traité comme dans le cas où il a perdu la possession par son dol, et privé de la Publicienne? La L. 46, D., *De reiv.*, 6, 1. semblerait prouver que non :

30 *bis*. L. 9, § 1, D., *h. t.* : *Si quis rem apud se depositam, vel sibi commodatam emerit, vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit.* — § 2. *Sed et si præcessit traditio emptionem, idem erit dicendum.*

30 *ter*. L. 70, D., *De reiv.*, 6, 1.

31. L. 69, 70, 71, D., *eod.*

31 *bis*. Voy. L. 73, D., *De fidej.*, 46, 3. — L. 2, D., *De in litem jurando*, 12, 3.

Ejus rei quæ per in rem actionem petita, tanti æstimata est quanti in litem actor juraverit, dominium statim ad possessorem pertinet; transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio quod ipse constituit.

Si l'on admet qu'il s'agit ici d'un cas où le défendeur refuse d'obéir à l'*arbitrium* du juge, il faudra dire que la Publicienne compétera à ce défendeur. Car le texte lui attribue la propriété, si le demandeur était propriétaire ; donc par analogie il faut lui donner la Publicienne dans le cas contraire. D'ailleurs, si nous supposons que la chose revendiquée fût *res mancipi*, et le demandeur propriétaire, le défendeur ne peut acquérir que la propriété bonitaire, puisqu'il n'y a ici que l'équivalent d'une tradition. Or tout propriétaire bonitaire a la Publicienne.

Mais nous hésiterions beaucoup à interpréter le texte de la sorte ; c'est permettre à une personne de s'emparer de votre bien (quitte à vous le payer ce que vous l'estimerez) en refusant de le restituer. Or, Pomponius nous dit que cela n'est pas admissible [32].

Ceux qui admettent à l'époque classique l'exécution possible, *manu militari*, de l'*arbitrium* du juge, disent qu'ici le demandeur aurait pu se faire rendre l'objet de force ; il a préféré une condamnation pécuniaire, donc doit être réputé avoir consenti à ce que la propriété fût transférée au possesseur [32 bis]. Mais nous ne pouvons accepter la base de ce système : d'ailleurs il serait ici en défaut dans le cas d'un objet mobilier que le défendeur cache et se refuse à restituer. Si l'on ne peut le trouver, il faudra bien en venir à la condamnation pécuniaire, et le demandeur ne peut pourtant pas dans ce cas être censé consentir à perdre sa propriété.

32. L. 70, D., *De rei v.*, 6, 1 : *ne in potestate cujusque sit per rapinam ab invito domino rem justo pretio comparare.*
32 *bis*. Pellat, p. 294.

Nous croyons donc qu'il ne s'agit ici ni de contumace, ni de serment prêté après l'*arbitrium* du juge; mais bien du cas où le défendeur a déféré au demandeur le serment sur la valeur de la chose. En prêtant le serment déféré, le demandeur accepte implicitement la transaction proposée par le défendeur, et consent ainsi à lui vendre la chose. Le texte en effet, parlant du *défendeur* dit: « je suis censé avoir transigé et réglé avec lui pour le prix qu'il a fixé lui-même » ce qui suppose nécessairement que ce serment a été *proposé* par le défendeur; si ce serment était prêté par suite de la désobéissance du défendeur à l'ordre du juge, il ne serait pas possible de voir là rien qui ressemblât, même de loin à une offre de transaction *émanée du défendeur*, comme le texte l'indique. Dans le système qui soutient que le demandeur avait le choix entre la restitution opérée *manu militari*, et la condamnation pécuniaire, on est obligé de renverser les rôles et d'attribuer l'initiative de la transaction au demandeur, ce que le texte dément[33].

Concluons que le défendeur qui refuse de restituer n'a pas la Publicienne. Le paiement de l'estimation ne saurait être pour lui une *justa causa*, puisqu'elle résulte de sa résistance aux ordres de la justice.

171. — L'échange est aussi une *justa causa* analogue à l'achat.

L. 7, § 5, *h. t.*:

Sed et si permutatio facta sit, eadem actio competit[33 bis].

33. Il est bon de remarquer que la L. 47, D., *De reiv.*, 6, 1, que les compilateurs ont assez maladroitement juxtaposée à la L. 46, et qui est extraite d'un autre ouvrage de Paul, traitait d'un cas où le défendeur avait perdu la possession par sa faute, puisqu'elle suppose que l'estimation est faite par le juge.

33 *bis*. L'usucapion aura probablement lieu au titre *pro suo*, arg. L. 4, § 1, *in fine*, D., *Pro suo*, 41, 10. Il s'agit d'un partage; or, le partage est un échange. Voyez *supra* Chapitre XIII, n. 132; comp. L. 4, § 1, D., *Pro suo*, 41, 10.

SECTION III. — *Titre pro soluto.*

172. C'est à ce titre qu'on usucape en cas de legs *per damnationem*; le titre est donc réel et non putatif, même si le legs n'existait pas.

172. — L. 4, *h. t.* :
Paulus libro XIX ad Edictum : Vel solvendi causa (res sit tradita).

On usucape au titre *pro soluto*, non seulement lorsque la chose payée est l'objet même de la dette, mais encore si l'on reçoit une *datio in solutum* [34].

C'est aussi au titre *pro soluto* que l'on usucapera au cas de legs *per damnationem.* Nous supposons que l'objet du legs n'appartenait pas à l'héritier [35].

Il faut, bien entendu, que le créancier soit de bonne foi au moment du paiement, c'est-à-dire qu'il croie le débiteur propriétaire. Mais il importe peu que la dette soit réelle ou imaginaire, il suffit que l'*accipiens* se croie créancier [36].

S'il sait qu'il n'était rien dû, il ne peut usucaper; recevoir sciemment un paiement indu, c'était commettre un vol. Plus tard on exigea, de la part du faux créancier, des manœuvres dolosives pour qu'il y eût vol, mais on continua à décider que sa mauvaise foi l'empêchait en tous cas d'usucaper [37].

34. L. 46, D., *De usurp.*, 41, 3.
35. Suivant M. Accarias, 4e édition, p. 592, note, (8° *in fine*), l'acheteur, le légataire, usucaperaient *pro soluto* et en même temps *pro emptore*, *pro legato.* Or, un texte formel nous montre que l'acheteur ne peut usucaper *pro soluto* (L. 48 D., *De usurp.*, 41, 3; voyez *supra* Chapitre X, nos 108 et s.). Quant au légataire, il ne peut usucaper *pro legato* qu'au cas de legs *per vindicationem.* Si un légataire *per damnationem* usucapait *pro legato*, on devrait dire de celui qui reçoit une chose promise par stipulation, qu'il usucape *pro stipulatu.* La doctrine du savant professeur mènerait à considérer l'usucapion en cas de paiement indu, comme ayant lieu en vertu d'un titre putatif (Accarias, § 234, 4°), ce qui à notre gré n'est pas exact, ainsi que nous le disons au texte.
36. L. 3, D., *Pro suo*, 41, 10. — L. 48, D., *De usurp.*, 41, 3.
37. Voy. *supra* note 25.

Si le pseudo-créancier est de bonne foi, il usucape au titre *pro soluto* [38]; le paiement, quoiqu'indu, est réel. Par conséquent il ne saurait être ici question de titre putatif. Le titre, c'est le paiement et non la créance; ce qui justifie ma croyance d'être légitimement maître de la chose, ce n'est pas ma créance imaginaire, car cela ne suffirait pas [39], c'est la tradition faite par le prétendu débiteur, que je croyais d'ailleurs propriétaire de la chose payée. Or, cette tradition, c'est le paiement.

Section IV. — *Noxæ deditio.*

173. Peu importe que l'esclave abandonné *noxaliter* fût coupable ou non, si l'*accipiens* l'a cru tel; il n'est pas nécessaire non plus de croire que l'auteur de l'abandon est propriétaire. — 174. *Ductio noxalis; missio in possessionem ex secundo decreto.*

173. — L. 5, D., *h. t.* : *Vel ex causa noxæ deditionis, sive vera causa sit, sive falsa.*

Nous connaissons déjà cette hypothèse (*supra* Chapitre XV, n° 158, texte et note 13). Nous savons que la bonne foi, dans le sens de croyance que celui qui fait l'abandon est propriétaire, n'est pas exigée, et pourquoi.

L'abandon noxal constituerait une *justa causa* d'usucapion alors même, dit le texte, que la *causa* serait *falsa* : supposons par exemple que l'esclave abandonné *noxaliter* ne fût pas l'auteur du délit : innocent, il a été pris pour le coupable. Ce cas ressemble absolu-

38. Arg. L. 48 *in fine*, D., *De usurp.*, 41, 3. — D'ailleurs cette idée n'est pas contredite par la L. 3, D., *Pro suo*, 41, 10. (Pomponius) : *quia ipsa traditio ex causa quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum ut id, quod mihi traditum est, pro meo possideam.* En effet le titre *pro suo* se cumule avec tous les autres titres : L. 1, *pr.*, D., *eod.*

39. L. 5, D., *De ad. pos.*, 41, 2 : *Si ex stipulatione tibi Stichum debeam, et non tradam eum, tu autem nactus fueris possessionem, prædo es.*

ment à celui du paiement indu. Le possesseur de l'esclave en a fait indûment l'abandon, puisque l'esclave n'était point coupable ; cela n'empêchera pas l'usucapion, il n'y a pas plus de titre putatif ici, que dans le cas d'usucapion *pro soluto* par suite d'un paiement indu. Le titre est réel, puisqu'il y a eu réellement un abandon noxal ; c'est cet abandon, non la créance née du délit, qui forme le juste titre. Bien entendu il faudra, comme dans le titre *pro soluto*, que l'*accipiens* soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il croie à la culpabilité de l'esclave abandonné, sans cela il ne pourrait pas plus usucaper que celui qui reçoit sciemment un paiement indu.

Lorsque l'abandon est fait par un simple possesseur, le droit du propriétaire ne doit pas être compromis. Il pourra donc, pourvu qu'il agisse avant l'usucapion accomplie, revendiquer contre celui qui a reçu l'abandon noxal, mais il devra alors offrir de réparer le préjudice résultant du délit, sans quoi il se verrait repoussé par l'exception de dol. Celui qui a reçu l'abandon noxal peut aussi intenter la Publicienne contre le propriétaire ayant repris possession de l'esclave, et briser par une réplique de dol, l'exception *justi dominii* qui lui serait opposée, si le propriétaire n'y joint pas une offre d'indemnité, L. 28, D., *De nox. act.*, 9, 4.

En attendant l'usucapion, la victime du délit est donc propriétaire prétorien de l'esclave, mais le propriétaire quiritaire peut l'exproprier en l'indemnisant du dommage subi. Nous verrons plus bas, Chapitre XXI, d'autres cas où, par le paiement d'une indemnité, le propriétaire civil peut exproprier le propriétaire prétorien.

174. — A cette hypothèse se rattache celle prévue par Paul dans la L. 6, *h. t.* :

Item si servum ex causa noxali, quia non defende-

batur, jussu Prætoris duxero, et amisero possessionem competit mihi Publiciana.

Nous en avons déjà parlé *supra* n°s 157 et 127, note 10. Un acte de l'autorité étant intervenu, la possession est nécessairement juste : *juste possidet qui prætore auctore possidet*, L. 11, D., *De adq. pos.* 41, 2 ; *Bonæ fidei possessor est qui auctore Judice* (dans le sens de *Prætore*) *comparavit.* L. 14, § 1, D., *De religiosis*, 11, 7. — D'ailleurs le Préteur avant d'ordonner la *ductio noxalis* aura naturellement examiné les faits. Celui qui a été ainsi autorisé à se saisir de l'esclave, ne saurait en aucun cas être considéré comme un voleur ; l'idée de vol est exclue *a priori*.

Dans cette hypothèse, il ne peut donc être question de bonne ou de mauvaise foi.

De même dans le cas *de missio in possessionem damni infecti nomine* [40].

Section V. — *Pro legato.*

175. L'usucapion a lieu à ce titre dans le cas de legs *per vindicationem*, valable ou non, mais existant en fait.

175. — L. 1, § 2, D., *h. t.* : *Sed cur traditionis duntaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multæ sint juris partes quibus dominium quis nancisceretur, ut puta legatum ?*

Ce texte a été longuement expliqué plus haut, Chapitre XIII, n°s 130 et s.

Il s'agit d'un legs pouvant transférer la propriété, c. a. d. à l'époque classique d'un legs *per vindicationem*. Ulpien veut dire que la tradition n'est pas indispensable ici, il suffira au légataire de prendre posses-

40. Voy. *supra* Chapitre XIII, n° 127 texte, vers la note 9 et Chapitre XV, n° 157.

sion sans vices (L. 8, D., *Pro legato*, 41, 8, Papinien [41]).

Nous savons aussi que si le legs était fait *per damnationem*, l'usucapion procéderait au titre *pro soluto* (voyez *supra* n° 172.)

Dans ce cas il importerait peu que le legs fût réel ou non ; il y aura toujours un titre réel, le paiement, et toutes les autres règles du titre *pro soluto* s'appliqueront.

Mais, s'il s'agit d'un legs pouvant transférer directement la propriété, il faut qu'il y ait eu réellement un legs, je ne dis pas un legs valable, mais existant en fait [42]. Le titre purement imaginaire a fini par être ici proscrit comme dans les autres cas [43].

41. *Si non traditam possessionem ingrediatur sine vitio legatarius, legatæ rei usucapio competit.* — Il ne faut pas supposer avec Pellat (p. 455) que l'héritier a consenti à cette prise de possession. Ce serait alors une véritable tradition. On ajoute (Savigny, traduction Guenoux, t. IV, § 169, note q) que la volonté de l'héritier ne fait pas de la prise de possession une tradition, tant que l'héritier lui-même n'est pas entré en possession ; mais le texte de la L. 8 précitée ne suppose en aucune façon le consentement de l'héritier. Sans doute ce dernier pourra forcer le légataire, par l'interdit *Quorum bonorum*, à lui restituer la possession acquise sans son aveu, mais il ne résulte point de là que l'usucapion soit interdite au légataire. Elle ne le serait que si cette possession avait été acquise *vi*, *clam*, *aut precario* ; enfin l'interdit *Quorum bonorum* accordé à l'héritier n'implique nullement une possession vicieuse chez le légataire.

M. Gérardin (*Nouvelle Revue historique*, 1887, p. 712, *Du legs de la chose d'autrui*) pense que le legs *per vindicationem* portant sur la chose d'autrui ne saurait fonder l'usucapion, que le légataire en prenant l'objet légué ferait un acte irrégulier, vicieux.

Mais, d'une part la L. 4, D. *Pro legato*, 41, 8, dit positivement : *Pro legato potest usucapi si res aliena legata sit*, ce qui ne peut s'appliquer qu'au legs *per vindicationem*, car la solution n'aurait aucun intérêt pour le legs *per damnationem*, par lequel on peut très valablement léguer la chose d'autrui. D'autre part la L. 9, *eod.* cite encore comme *justa causa* d'usucapion le cas où « *legatum non jure relinquatur*. »

Aucun de ces textes ne parle d'ailleurs de tradition faite par l'héritier, tandis que d'autres textes, L. 5, L. 6, D., *eod.*, supposent cette tradition dans le cas où le testateur n'est pas mort. Cette tradition est alors nécessaire pour justifier l'erreur du légataire. Il ne suffit pas de s'imaginer que la succession est ouverte, il faut que cette erreur ait été partagée et provoquée par l'héritier.

Enfin, comment peut-on qualifier de vicieux l'acte du légataire qui, de bonne foi, croyant que le testateur était propriétaire, prend possession, sans violence ni clandestinité, de la chose qui lui a été léguée *per vindicationem* ?

42. L. L. 4, 5, 6, 9, D., *Pro legato*, 41, 8. Legs révoqué par un codicille ignoré ; — trompée par une similitude de nom, une personne s'est crue à tort légataire ; — cas où le testateur a passé pour mort ; — legs nul pour vice de forme ou incapacité du légataire (se tromper sur sa propre capacité est inexcusable), L. 7, *eod.*

43. L. 2, *eod.*, Paul : *Si possideam aliquam rem, quam putabam mihi lega-*

Tel est le sens des divers fragments insérés au titre *pro legato.*

Section VI. — *Donation à cause de mort.*

176. L. 2, D., *h. t.* — 1[er] système. Le donataire à cause de mort, qui prend possession après la mort du donateur, a la Publicienne, comme le légataire *per vindicationem*. Ce système est exact pour l'époque de Justinien, qui a assimilé ces donations aux legs. — Objection, réfutation. Sous Justinien, la volonté de donner *mortis causa* non accompagnée de tradition, vaudrait fidéicommis et transférerait la propriété, pourvu qu'elle fût exprimée devant cinq témoins ou que l'acte fût insinué. — 177. 2[e] système. La donation à cause de mort n'est pas, par elle-même, un mode d'acquérir. Ce système est exact pour l'époque classique. — Les mots «*quia ad exemplum legatorum capiuntur*» de la L. 2, D., *h. t.* sont une interpolation. — 178. 3[e] système (Savigny). Paul aurait prévu le cas où la donation *mortis causa* a été réalisée par le donateur au moyen d'une mancipation, et où le donataire prend possession après la mort du donateur. Réfutation. — 179. 4[e] système (Hasse, etc.). Le texte viserait l'hypothèse d'une donation réalisée par une tradition faite sous condition suspensive. Réfutation. — 180. 5[e] système (Glasson). La donation *m. c.* aurait été dans l'opinion de Paul et de quelques autres jurisconsultes, *un modus adquirendi,* opinion que Justinien n'aurait d'ailleurs pas consacrée. Réfutation.

176. — Immédiatement après le « *ut puta legatum* » d'Ulpien (L. 1, § 2, *in fine h. t.*) les compilateurs ont inséré un fragment de Paul ainsi conçu :

L. 2 : *Vel mortis causa donationes factæ ; nam* AMISSA POSSESSIONE *competit publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.*

Ce texte a donné lieu à beaucoup de difficultés. Nous exposerons cinq systèmes d'interprétation.

Premier système. — La donation à cause de mort constitue par elle-même, et indépendamment de toute tradition, un mode d'acquisition de la propriété. Le donataire m. c. devient propriétaire au décès du donateur.

tam, cum non esset, pro legato non usucapiam. Ici il n'y a pas même de legs *en fait*. Papinien ajoute, L. 3 : *Non magis quam si quis emptum existimet, quod non emerit.* L'usucapion serait pourtant possible s'il y avait *fait* de vente, témoin le cas où l'on a acheté d'un fou, voy. *supra* Chapitre XI.

Si nous prenons le texte cité dans le sens le plus naturel, il signifie, nul ne le conteste, qu'au point de vue de la Publicienne, le donataire *m. c.* doit être assimilé au légataire *per vindicationem.* Si ce dernier prend possession de la chose léguée, de sa propre autorité, mais sans vices, après la mort du testateur, il a la Publicienne. Donc il en sera de même du donataire à cause de mort. S'il n'a pas reçu tradition du vivant du *de cujus,* il n'en est pas moins autorisé à prendre possession après le décès [44] ; si le disposant était propriétaire, la propriété passe au donataire à l'instant de la mort du donateur, sans qu'il soit besoin d'aucune tradition, absolument comme dans le legs *per vindicationem.*

Cette assimilation résulte d'abord de ce que les compilateurs ont complété la phrase d'Ulpien par le passage de Paul [45], montrant ainsi clairement leur intention d'appliquer entièrement à la donation à cause de mort les règles du legs ; en second lieu des derniers mots de la L. 2 elle-même : *quia ad exemplum legatorum capiuntur*; le texte dit « *capiuntur* », on les prend : il s'agit donc bien d'un donataire *m. c.* qui prend lui-même l'objet donné après le décès du donateur, comme pourrait le faire un légataire *per vindicationem.*

Donc, de la connexité établie par les compilateurs entre la L. 1 et la L. 2, il résulte que leur intention est d'assimiler la donation *m. c.* au legs au point de vue de l'effet translatif de propriété.

44. D'ailleurs, s'il le fait, l'héritier pourra lui enlever la possession par l'interdit *Quorum bonorum,* comme dans le cas de legs (voy. plus haut note 41). Cet interdit serait inapplicable au contraire si le donataire avait reçu tradition, parce qu'étant entré en possession par la volonté du défunt, il n'avait pas besoin, comme le légataire, de la permission de l'héritier. (Pellat, p. 461, L. 1, § 5, D., *Quod legatorum,* 43, 3.)

45. L. 1, § 2, D. *h. t.* : *Sed cur traditionis duntaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multæ sint juris partes quibus dominium quis nancisceretur, ut puta legatum.* — L. 2 : Vel mortis causa donationes factæ; nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.

Des mots « *quia ad exemplum legatorum capiuntur,* » s'ils sont de Paul, il résulte que tel était aussi le sentiment de ce jurisconsulte.

Tel est le système suivi par presque tous les interprètes anciens [46].

En ce qui touche le droit de Justinien nous le considérons comme irréfutable [47]. Puisque l'on reconnaît unanimement que, d'après le sens naturel du texte, la donation *m. c.* est une manière d'acquérir [48], c'est à ceux qui contestent cette solution de prouver leur sentiment à l'encontre du texte.

Pellat essaye de faire cette preuve. « Si c'était, » dit-il p. 457, « dans le droit de Constantinople, ou même sous Justinien, que la donation à cause de mort eût commencé à opérer par la simple convention, sans tradition, la translation de la propriété, comment cet empereur n'en aurait-il pas fait mention dans la constitution [49] par laquelle il attribue à la simple convention de donner la force de produire une action personnelle ? En annonçant que le donataire pourra ainsi contraindre le donateur à lui faire la tradition, n'aurait-il pas remarqué que, dans la donation à cause de mort, la simple convention produisait déjà un effet plus avantageux pour le donataire, l'effet même de la tradition, celui de le rendre propriétaire et de lui conférer l'action réelle ? Et dans la constitution [50] par laquelle ce

46. Cujas, *Obs.* liv. X, *c.* 28; — *Comment. in lib.* XIX *Pauli ad Ed.*, *ad h. l.*, — *Comm. ad h. t.* — Noodt, p. 202. — Glück, p. 328 et 354. — Pothier, *h. t.* n. 12. — Obrock, p. 80, 88, cités par Pellat.

47. En ce sens, Ortolan, nº 563.

48. Pellat, p. 456. — Accarias, quatrième édition, § 308, p. 807, note 2, dit expressément que dans notre texte la donation *m. c.* est présentée comme une manière d'acquérir. « Il est de toute évidence », ajoute le savant auteur, « que c'est là un langage inexact. » — Il nous semble qu'il faudrait le prouver, car il ne suffit point de qualifier d'inexact le langage d'un texte pour en écarter l'autorité. La preuve et l'explication de l'inexactitude incombent en tous cas à ceux qui contestent la doctrine du texte.

49. L. 35, § 5, C. *De donationibus*, 8, 54; Inst. *De donat.*, II, 7, § 2.

50. L. 4, C. *De donat. causa mortis*, 8, 57.

même empereur déclare assimiler les donations à cause de mort aux legs, n'aurait-il pas indiqué cet effet remarquable de transférer la propriété sans tradition, si déjà elles avaient cette ressemblance avec les legs ou s'il eût voulu l'établir ? Et cependant il se borne à parler de leur assimilation quant à la dispense d'insinuation, ajoutant ainsi un nouveau point de similitude à ceux qui existaient déjà entre les donations à cause de mort et les legs, dès le temps des jurisconsultes, sous le rapport des incapacités de recevoir établies par les lois Julia et Papia Poppæa contre les *cælibes* et les *orbi.* »

Le premier argument de Pellat, à savoir le silence de la constitution 35, C. *De donationibus* sur l'effet translatif de propriété attribué à la donation à cause de mort, s'explique tout naturellement. Justinien ne pouvait pas parler en avril 530, date de la L. 35, d'une décision qu'il n'a prise que cinq mois plus tard, en septembre 530, date de la L. 4, C. *De donat. mort. causa.*

Quant au second argument de Pellat, le silence de la L. 4 sur cet effet translatif, il manque en fait ; Justinien ne se borne pas en effet, comme le disent Pellat et Glasson [51], à assimiler la donation *m. c.* au legs quant à la dispense d'insinuation ; il dispose en outre que cette donation produira *tous les effets du legs*, et lui sera assimilée *en toutes choses :*

« *Et omnes effectus sortiatur quos ultimæ habent liberalitates, neque ex quacumque parte absimilis eis intelligatur !* »

Sous Justinien, le legs, ou le fidéicommis qui lui est assimilé [52], transfèrent au légataire, à l'instant du décès du testateur, la propriété de la chose dont le disposant était propriétaire. Or, puisque la donation *m. c.*

51. Glasson, des donations à cause de mort, *Revue critique* 1869, § 47.
52. L. 1. L. 2. C. *Communia de legatis*, 6, 43. — J. II, 20, § 2.

produit *tous* les effets (*omnes effectus*) du legs, elle produira donc aussi cet effet translatif, à la seule condition d'avoir été faite dans la forme voulue par la L. 4 ; cette forme, c'est (à défaut d'insinuation) la présence de cinq témoins, que le disposant ait d'ailleurs exprimé sa volonté verbalement ou par écrit.

Cette forme, remarquons-le bien, c'est précisément celle que Théodose le jeune [53] a prescrite, presque dans les mêmes termes, pour les codicilles écrits ou verbaux. D'un autre côté, depuis longtemps les mots employés par le disposant n'ont plus aucune importance [54].

Déjà, à l'époque classique, on voyait un fidéicommis dans l'écrit dressé pour être ouvert après la mort du disposant et par lequel il déclarait vouloir *donner* [55]. Par conséquent, alors même que la L. 4, C. *De don. m. c.* n'existerait pas, sous Justinien l'acte dressé devant cinq témoins et par lequel on déclare vouloir donner à cause de mort, aurait été considéré comme fidéicommis et aurait transféré la propriété au bénéficiaire dès l'instant du décès du donataire !

Mais ici peut naître une difficulté. Si le disposant a fait tradition au donataire, il n'est plus possible de considérer l'acte comme un fidéicommis. Nous sommes en présence d'une donation *m. c.* bien caractérisée ; faudra-t-il appliquer les règles des donations, exiger l'insinuation si la valeur dépasse 500 solides ?

C'est probablement pour éviter toute difficulté à cet égard que Justinien, assimilant la donation *m. c.* au *legs-fidéicommis*, a, par la L. 4, C. *De don. m. c.*, déclaré que cinq témoins suffiraient pour en assurer la validité et que l'insinuation ne serait pas nécessaire.

53. L. 8, § 3, C., *De codicillis*, 6, 36.
54. J. II, 20, § 2. — L. 21, C. *De legatis*, 6, 37. — L. 2, C. *Communia de legatis*, 6, 43 : « *Nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus.* »
55. L. 75 pr.; L. 77, § 26, D., *De legatis* 2°, 31. Voy. Savigny, § 172.

La forme prescrite est donc celle du fidéicommis [56].

Il nous semble donc incontestable que, sous Justinien, une personne munie d'un acte passé devant cinq témoins et par lequel le disposant a déclaré lui donner à cause de mort, deviendra, au jour du décès, propriétaire de l'objet donné. Qui l'empêche de se présenter comme fidéicommissaire, puisqu'elle l'aurait pu, même à l'époque classique?

Dès lors, ceux qui soutiennent que la donation *mortis causa* ne transfère pas par elle-même la propriété sous Justinien, n'aboutissent à aucun résultat pratique. La propriété sera transférée au décès du donateur sans aucune tradition, puisque l'acte peut être considéré comme un fidéicommis et que le fidéicommis transfère la propriété sous Justinien. Ce n'est donc plus qu'une dispute de mots.

Disons donc avec la L. 2, D., *h. t.* que la donation *m. c.* est, sous Justinien, une manière d'acquérir la propriété [57].

56. Beaucoup d'auteurs admettent qu'à défaut d'acceptation la don. *m. c.* vaut comme fidéicommis: Savigny, § 170 not. cc.; Molina, *de justitia et jure*. t. II, tract. II, disp. 287, n. 6; Lauterbach. Coll. theor. pract. § 6. Tit. 39, 6, et *Dissertationes academicæ*, vol. II, n. 74. thes. 6, § 2; Berger, *Œconomia juris* lib. II, tit. 2, n. 21; Strube, *Rechtliche Bedenken*, II, 436; Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, VI, Specimen 438; Schweppe, V, § 947, p. 421; Mackeldey, *Lehrbuch des heutigen r. Rechtes*, § 540, cités par Cohen, *Die Lehre des rœmischen Rechtes von der Schenkung von Todeswegen*, Munich, 1878, p. 36, note 1. — En sens contraire Cohen, *op. cit.* § 14.

57. Si le disposant veut, de son vivant, faire acquérir la propriété au donataire, il faudra en outre et bien entendu, qu'il ait recours à la tradition. La L. 4, C. *De don. m. c.* ne peut nous servir ici, car elle attribue à la d. *m. c.* les effets du legs, et le legs ne transfère pas la propriété tant que vit le disposant. Il faut donc ici un acte translatif, si l'on veut que le donataire *m. c.* devienne propriétaire immédiatement. D'ailleurs Justinien n'a point abrogé cette espèce de donation à cause de mort; les textes du Digeste en font foi. Si l'on omet de faire tradition, la propriété ne sera transférée qu'au décès. D'ailleurs rien n'empêche le donateur de faire tradition sous condition suspensive. Cette tradition sera utile au donataire, désormais à l'abri de l'interdit *Quod legatorum* (voy. plus haut note 45); cela répond à l'objection de Glasson, *op. cit* § 47: « Comment expliquer, » dit le savant professeur, « l'insertion au Digeste de tous les textes qui parlent de la nécessité de la tradition ? » D'abord aucun texte ne parle de la *nécessité* de la tradition; ce qui est bien exact, c'est que tous la supposent faite. Ces textes pouvaient très bien être conservés par

C'est précisément pour ce motif que les compilateurs se sont empressés, lorsqu'ils ont rencontré le mot *legatum* dans le passage d'Ulpien, de rappeler que la donation à cause de mort est désormais assimilée au legs et transfère comme lui la propriété, indépendamment de toute tradition.

177. — *Deuxième système. — La donation à cause de mort n'a jamais été, par elle-même, un moyen d'acquérir la propriété.*

Ainsi qu'on a essayé de le montrer au n° précédent, ce système n'est pas exact pour le temps de Justinien.

Mais reste à savoir si le texte de Paul avait bien le sens que lui ont attribué les compilateurs en le reliant à la L. 1. Il faudrait l'admettre, comme nous l'avons dit plus haut, si les mots « *quia ad exemplum legatorum capiuntur* » étaient de Paul, car alors Paul donnerait la Publicienne au donataire, non pas parce qu'il a reçu tradition *ex justa causa*, mais parce que les donations *m. c. se prennent* (CAPIUNTUR), comme les legs. Il attribuerait ainsi au donataire les mêmes droits qu'au légataire *per vind.*, et à la volonté de donner, exprimée par le donateur, le même effet qu'au legs *per vindicationem.*

Or, cela n'est pas possible.

Si, déjà à l'époque classique, l'on pouvait, par la simple expression de sa volonté et sans observer aucune forme, transférer à son décès la propriété à un donataire, à quoi servaient alors les formes solennelles du legs *per vindicationem*, et la nécessité de l'insérer dans un testament ou dans un codicille confirmé [58]? Le fidéicommis, il est vrai, est dispensé de

Justinien. La tradition, toujours nécessaire si l'on veut que la propriété passe immédiatement au donataire, est encore utile même dans le cas de donation sous condition suspensive, ainsi que nous venons de le voir.

58. Ulp. *Reg.* 25, § 8.

ces formes, mais il ne saurait donner au fidéicommissaire qu'un droit de créance, et non un droit réel, c'est Paul lui-même qui nous l'affirme [59].

La donation *m. c.* serait ainsi, comme le dit Pellat (p. 457) un legs *per vindicationem* non solennel. Comment, ajoute-t-il, verrions-nous alors dans des textes nombreux, les jurisconsultes nous présenter la tradition comme la forme habituelle de cette donation, et chercher à expliquer les effets qu'elle produit suivant la diversité des circonstances? La L. 2, comme le remarque Cujas, est tout à fait unique sur ce point, c'est un témoignage isolé, une affirmation étonnante.

« *Et est profecto in hanc rem lex 2 valde singularis!* »

Si enfin l'on observe que les mots « *quia* AD EXEMPLUM LEGATORUM *capiuntur*,» sont la reproduction presque littérale d'une phrase des Institutes : *mortis causa donationes* AD EXEMPLUM LEGATORUM *redactæ sunt per omnia* [60], on n'hésitera pas à les attribuer aux compilateurs. En ajoutant ces mots, ils obéissaient aux mêmes motifs qui leur avaient fait interrompre au mot « *legatum* » le texte d'Ulpien, pour y intercaler le texte de Paul.

Ce texte était donc originairement ainsi conçu :

Vel mortis causa donationes factæ, nam amissa possessione competit Publiciana.

Ulpien et Paul, dans leurs commentaires sur l'Edit, énuméraient les *justæ causæ*, et les compilateurs ont complété l'une des énumérations par l'autre, ainsi qu'on peut le voir par les L. 4 et 6, D., *h. t.*

Ulpien, lui, ne mentionnait pas expressément la

59. Paul. *Sent.*, IV, 1, § 18 : *Jus omne fideicommissi, non in vindicatione, sed in petitione consistit.* Voy. aussi G., II, § 262.
60. J. II, 7, § 1.

donation *m. c.*, il la comprenait dans l'expression large de *liberalitas*, de *lucrativa causa* [61].

Paul la citait expressément comme *justa causa;* les compilateurs se sont emparés de ce passage et en ont détourné le sens, tant par la place qu'ils lui ont assignée, que par l'adjonction des mots : « *quia ad exemplum legatorum capiuntur.* »

Telle est l'explication à laquelle nous nous arrêtons.

178. — *Troisième système.* — On a proposé d'autres interprétations.

Savigny, IV, § 169, note *r*, considère l'insertion au Digeste de notre L. 2, comme une inadvertance des compilateurs. Paul aurait supposé que la donation avait été réalisée par mancipation ou cession *in jure*, sans tradition, et que le donataire avait pris possession de lui-même après la mort du donateur. On peut dire alors qu'il devient propriétaire sans tradition.

Du moment qu'on entre dans le domaine des conjectures, tout, ou presque tout, est possible. En admettant d'ailleurs que tel fût le sens originaire du texte, ce serait alors par l'effet de la mancipation et non par celui de la donation *mortis causa* que le donataire aurait acquis la propriété. Les compilateurs, au contraire, lui font dire que c'est par l'effet de la donation. La place qu'ils donnent à ce texte révèle encore mieux leur intention. Ce ne serait donc pas, en tous cas, par inadvertance que le texte aurait été inséré au Digeste.

D'ailleurs, dans le système de Savigny, comme dans celui que nous avons adopté, il faut considérer le « *quia ad exemplum legatorum capiuntur* » comme

61. L. 7, § 3, *h.t.*: *Sed et si quis ex lucrativis causis rem accepit, habet Publicianam, quæ etiam adversus donatorem competit : est enim justus possessor et petitor qui liberalitatem accepit.*

une interpolation [62], car ces mots n'ont aucun rapport avec l'hypothèse que Paul aurait prévue, selon Savigny. Lorsque, *du vivant du donateur,* la propriété a été transmise au donataire, cette situation n'a aucune analogie avec celle d'un légataire qui, lui, ne devient propriétaire qu'après la mort du testateur ; elle ne saurait à aucun point de vue inspirer la réflexion : *quia ad exemplum legatorum capiuntur.* Dans le système de Savigny on est en outre obligé de supposer que le texte a été encore altéré d'une autre façon (on aurait supprimé la mention d'une mancipation); or, en matière de corrections, chose toujours obscure et délicate, il faut suivre le précepte d'Ulpien [63] : « *Semper in obscuris quod minimum est, sequimur.* »

179. — *Quatrième système.* — Hasse, *Rhein. Mus.* II, p. 35 ; Schrœter, *Zeitschr. f. Civilr. u. Proz.* t. II, p. 117, cités par Pellat p. 460, et Cohen, *op. cit.* § 39, pensent qu'il s'agit ici tout simplement d'une donation à cause de mort sous condition suspensive réalisée par une tradition. La propriété ne passe au donataire qu'au jour du décès du donateur. Si le donateur n'était pas propriétaire, alors, à partir du même moment, l'usucapion commence à courir en faveur de ce donataire, et l'action publicienne commence à lui compéter, s'il vient à perdre la possession.

Mais nous avons vu que l'hypothèse d'une tradition est exclue :

1° Par la place intentionnellement donnée à ce texte, il faut que nous y trouvions un cas où la Publicienne compète, bien qu'il n'y ait pas eu de tradition;

2° Par les mots : *quia ad exemplum legatorum ca-*

62. En ce sens Cohen, *op. cit.*, p. 108.
63. L. 9, D., *De reg. jur.* 50, 17.

piuntur. Il s'agit d'une hypothèse où le donataire *prend* l'objet donné, or, on n'a pas besoin de prendre (*capere*) ce que l'on tient déjà. Dans le système que nous réfutons, la Publicienne serait recevable ici parce qu'il y a eu tradition *ex justa causa*, et non pas parce que les donations *m. c.* se *prennent* comme les legs; par conséquent ce système ne cadre pas avec le texte.

En vain Cohen allègue-t-il que la tradition n'ayant pas été accompagnée de l'intention de transférer la propriété, on peut dire que la propriété passe sans tradition. Car la tradition a bien été faite dans l'intention d'aliéner, seulement son effet a été subordonné à une condition suspensive.

Autant dire alors avec Faber [64] qu'à la vérité la propriété ne passe pas *sine traditione*, que pourtant ce n'est pas en vertu de la tradition qu'elle est transférée (*ex traditione* ou *per traditionem*) mais bien, comme dans le legs, *potestate legis*. Ces subtilités se réfutent d'elles-mêmes. L'évidence du fait c'est que, s'il y a eu tradition, c'est elle qui a transféré la propriété.

Von Vangerow, *Lehrbuch* § 561, adopte pour le droit des Pandectes le système de Hasse, et pour le temps de Paul celui de Savigny.

180. — *Cinquième système.* — Enfin Glasson, *op. cit.* § 28, croit que certains jurisconsultes, entre autres Paul, assimilaient complètement la donation *mortis causa* au legs et la considéraient comme un mode d'acquisition de la propriété.

Il invoque les L. 9 et 35, D., *De don. m. c.*, 39, 6, où Paul décide que la capacité de recevoir une donation *m. c.* est identique à celle de recevoir un legs, ce qui est d'autant moins probant, que Paul, loin de motiver cette solution par l'assimilation des donations

64. *Ration. ad Pand. ad h. l.*

m. c. et des legs, l'appuie au contraire sur une décision expresse du Sénat.

D'ailleurs, la doctrine du savant professeur renferme une contradiction. Si des jurisconsultes, qui comptaient dans leurs rangs une autorité comme Paul, avaient assimilé la don. *m. c.* au legs au point de lui attribuer un effet translatif de propriété, Justinien, qui tranche la controverse au profit de ces jurisconsultes [65] en décidant qu'elle produira *tous les effets* des legs, Justinien, disons-nous, aurait évidemment maintenu cet effet translatif. Or c'est ce que M. Glasson n'admet point. Il y a mieux, si le texte de Paul avait eu ce sens, les compilateurs en l'intercalant à l'endroit où ils l'ont mis, auraient manifesté de la manière la plus claire l'intention de lui maintenir cette signification. Pourtant l'auteur cité ne l'admet pas non plus!

Son système pour le temps de Paul renferme ainsi la meilleure réfutation de sa doctrine pour le temps de Justinien.

Section VII. — *Donation entre vifs.*

181. Explication de la L. 11, § 3, D., *h. t.* — Pour que le donataire de l'esclave volée puisse intenter la Publicienne à raison du part conçu et né chez lui, il faut qu'il soit encore de bonne foi au jour de la *litis contestatio.* — 182. — Cela tient à ce que dans le cas d'usucapion au titre *pro donato* on exigeait la bonne foi pendant toute la durée de l'usucapion. En matière de Publicienne la bonne foi est donc requise au moment où se termine l'année imaginaire de possession c. a. d. au jour de la *litis cont.*, car c'est à cet instant que s'intercale l'année fictive. — Autres particularités du titre *pro donato.* — Autres explications de la L. 11, § 3, *h. t.* — 183. Pourquoi, dans le cas prévu par ce texte, Ulpien suppose-t-il que le donataire intente la Publicienne et non pas la revendication à laquelle il eut dû, semble-t-il, recourir, puisque par hypothèse il est encore de bonne foi et se croit propriétaire? 184. — Du titre putatif *pro donato.*

181. — La donation entre vifs constitue aussi une

65. L. 4. C. *De don. m. c.*, 8, 57.

justa causa. Le peu de faveur dont jouissaient les donations à Rome, les restrictions dont elles étaient entourées expliquent pourquoi Ulpien insiste sur ce point [65 bis].

Lorsque le jurisconsulte donne au donataire la Publicienne même contre le donateur, il veut seulement indiquer que le titre est juste d'une manière générale. Il n'entend pas affirmer que notre action réussira toujours ; elle pourrait en effet, si la donation n'était pas *perfecta* [66], et dépassait une certaine valeur, se heurter à une exception tirée de la loi Cincia.

Un autre texte du même jurisconsulte a donné lieu à des interprétations très divergentes :

L. 11, § 3, *h. t* : *Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi, et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Julianus ait, si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem.*

Si l'esclave avait été *achetée* il suffirait, nous l'avons vu au Chapitre précédent n° 139 et s., que l'acheteur eût été de bonne foi au temps de la conception et à celui de la naissance de l'enfant, pour pouvoir intenter la Publicienne. La mauvaise foi survenant postérieurement n'empêcherait pas plus l'exercice de la Publicienne que l'accomplissement de l'usucapion.

Cujas, ne voyant pas de motif d'exiger, en cas de donation, une condition de plus qu'en cas d'achat (la bonne foi au temps de l'action), proposait de lire : *eo tempore quo ea pariat*, au lieu de : *eo tempore quo experiar*. Il s'agirait alors de la bonne foi au temps de la naissance, condition exigée ici comme en cas d'achat.

Mais cette correction, qui n'a pour elle aucun ma-

65 *bis*. L. 7, § 3, *h. t.* : *Sed et si quis ex lucrativis causis rem accepit, habet Publicianam, quæ etiam adversus donatorem competit : est enim justus possessor et petitor qui liberalitatem accepit.*

66. Voy. Frag. Vat. §§ 310, 311.

nuscrit, est nettement contredite par les Basiliques [67]. Le scholiaste (Stéphane, l'un des compilateurs du Digeste) insiste précisément sur ce point : « Voici, en effet, » dit-il, « la différence entre l'acheteur et le donataire : chez celui qui a reçu en vertu d'une donation nous exigeons trois conditions : que l'esclave ait conçu et enfanté chez lui, et qu'au temps de l'action il ignore que l'esclave a été volée. »

D'ailleurs le commencement du texte fait pressentir que le donataire aura la Publicienne moins facilement que l'acheteur : *Interdum tamen, licet distracta mater non sit sed donata ignoranti mihi, competit Publiciana.* Ainsi le donataire de bonne foi nous est présenté comme pouvant quelquefois (*interdum*) avoir la Publicienne, par conséquent comme jouissant assez rarement de cette action. Ce début serait inexplicable si la Publicienne du donataire n'était pas soumise à des conditions plus rigoureuses que celle de l'acheteur.

182. — Pourquoi maintenant exige-t-on que la bonne foi subsiste au moment de l'action ?

Nous savons déjà que l'usucapion du part procède au même titre que l'usucapion de la mère [68]. Or, si la mère n'eût pas été furtive, c'est au titre *pro donato* que le donataire l'aurait usucapée. On est ainsi conduit à attribuer à une particularité de l'usucapion *pro donato* l'exigence de la bonne foi au temps de l'action.

Il paraît en effet qu'à l'époque classique le donataire, pour usucaper, devait continuer à être de bonne foi durant tout le délai requis. C'est ce que l'on peut conclure de la L. *un.* C. *De usucap. transformanda*, 7, 31 (531), où Justinien abroge cette règle [69].

67. Bs. Suppl. XV, II, 11 : ἐὰν ἐν τῷ κινεῖν ἀγνοῶ μητέρα κλοπιμαίαν (*si tempore agendi ignorem matrem esse furtivam.*)

68. L. 11, § 4, D. *h. t.* — Voy. le Chapitre précédent.

69. *Quod et in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus casibus justo titulo possessionis, antecessoris justa detentio, quam in re habuit,*

Pellat (p. 555) à qui cette remarque est due [70], n'ose pas affirmer que cette règle fut admise par tous les jurisconsultes. Nous croyons qu'on peut l'affirmer sans crainte, car le principe est encore proclamé dans une constitution de Justinien antérieure de trois ans seulement à la L. *un.* précitée.

L. 11, C. *De præsc. longi temporis*, 7, 33 (528) :

Super longi temporis præscriptione, quæ ex decem, vel viginti annis introducitur, perspicuo jure sancimus, ut sive ex DONATIONE, *sive ex alia* LUCRATIVA CAUSA, *bona fide quis per decem vel viginti annos rem detinuisse probetur, adjecto scilicet tempore etiam prioris possessoris, memorata longi temporis exceptio sine dubio ei competit nec occasione lucrativæ causæ repellatur.*

Les mots *bona fide per decem annos detinuisse* montrent que la persistance de la bonne foi était exigée pendant toute la durée du délai, autrement le texte aurait dit : *bona fide accepisse et per decem annos detinuisse.*

Le texte montre d'ailleurs que le titre *pro donato* présentait encore une autre particularité, indice de la défaveur qui s'y attachait.

On contestait au donataire le droit de joindre à sa possession celle de son auteur. Toutes ces restrictions découlent d'une idée très naturelle. Si la mauvaise foi survenant n'interrompt point l'usucapion dans les acquisitions à titre onéreux, c'est que l'acquéreur ayant déboursé une valeur qu'il ne pourra, dans la plupart des cas recouvrer de son auteur, est autant et plus digne d'intérêt que le propriétaire négligent ; des deux côtés il s'agit d'éviter une perte. Le donataire au contraire *certat de lucro captando*, d'où la conséquence qu'on

non interrumpatur ex posteriore forsitan alienæ rei scientia, LICET EX TITULO LUCRATIVO *ea cœpta est.*

70. Huschke adopte aussi ce système, p. 70, note 139.

peut, à son égard, se montrer fort rigoureux pour les conditions d'usucapion [71].

Revenons à notre hypothèse. Puisque le donataire de l'*ancilla* usucape le part au titre *pro donato*, il faut qu'il soit de bonne foi pendant toute la durée du délai. Dès lors il ne pourra user efficacement de la Publicienne que si, au jour de l'action, il est encore de bonne foi. Car, si sa bonne foi avait cessé avant cette époque, la fiction de la Publicienne ne lui servirait de rien.

En effet, cette fiction oblige le juge à intercaler une année de possession imaginaire, et de l'intercaler au jour de la litiscontestation. Mais reste à savoir, en supposant que le demandeur eût possédé à ce moment, si sa possession eût été utile pour l'usucapion. Or, en matière de donation, une possession de mauvaise foi n'est pas utile, quand bien même la mauvaise foi n'aurait pas existé au début de la possession. Voilà pourquoi il faut que notre donataire soit de bonne foi au moment où il agit [71 bis].

71. C'est probablement à la persistance de la bonne foi exigée au cas d'acquisition lucrative, que Paul fait allusion dans la L. 2, § 18, D., *De usurp.* 41, 3. Une *ancilla* a conçu et enfanté chez un possesseur de bonne foi, que Paul suppose sans doute être un acquéreur à titre onéreux ; il commence donc à usucaper ; puis il apprend la vérité, il continuera néanmoins l'usucapion commencée : *initium usucapionis intueri debemus, sicut in emptis rebus placuit*. Ainsi Paul se garde bien de dire que la règle « *mala fides superveniens non impedit usucapionem* » s'applique à tous les titres d'usucapion ; elle a été établie pour le cas de vente et étendue fort naturellement à toutes les acquisitions à titre onéreux.

71 *bis*. Ceci confirme une fois de plus l'idée que nous avons déjà exposée chapitre V, n° 45, chapitre IX, note 8. Voyez aussi *infra*, texte et note 129, et chapitre XX, texte et note 2 : l'année imaginaire de possession résultant de la fiction contenue dans la formule, a pour point d'*arrivée* le jour de la litiscontestation et se compte en arrière à partir de ce moment. Il en est nécessairement ainsi, puisque c'est au moment de la litiscontestation que le préteur ordonne au juge de supposer que le demandeur a possédé depuis un an. Par conséquent le demandeur est censé avoir possédé jusqu'à l'instant de la litiscontestation. S'il en était autrement on ne comprendrait pas pourquoi en cas de donation les jurisconsultes exigent qu'on soit de bonne foi à ce moment. Si la fiction avait pour effet d'*allonger* la possession du donataire, de faire supposer par exemple que ses six mois de possession *valent un an*, alors il suffirait que le donataire eût été de bonne foi pendant toute sa possession de

C'est ainsi qu'il faut expliquer ce texte. D'autres interprétations ont été données, elles sont toutes inadmissibles et pourraient sans grand inconvénient demeurer dans l'oubli [72].

six mois, laquelle serait réputée avoir duré un an, et l'on ne voit pas du tout pourquoi on exigerait sa bonne foi au jour de la *litis contestatio*.

Un exemple achèvera de mettre cette idée en lumière. Je reçois en don une esclave volée, elle conçoit et accouche chez moi. Je possède l'enfant de bonne foi pendant six mois, puis je perds cette possession et dix mois après, retrouvant cet enfant aux mains d'un tiers, j'intente la Publicienne.

Si l'année de possession feinte se comptait depuis le jour où la possession réelle a commencé, c. a. d. ici depuis le jour de la naissance de l'enfant, il suffirait pour que la Publicienne fût recevable, que je fusse encore de bonne foi douze mois après cette naissance, et l'on n'exigerait pas que je sois encore de bonne foi 16 mois après (6+10=16), au moment où j'intente l'action. Ce pourrait être bien plus longtemps après, si l'enfant avait été aux mains de possesseurs incapables de l'usucaper, par suite de leur mauvaise foi par exemple. Dans la théorie que nous avons adoptée au contraire, cette nécessité de la bonne foi au temps de l'action, dix ans peut-être, et davantage, après ma prise de possession originaire, s'explique très naturellement. On suppose que j'ai possédé pendant l'*année qui a précédé l'action*, et ce en vertu de mon titre d'acquisition, ici *pro donato*. Aurai-je usucapé ? Oui, si je suis resté de bonne foi pendant toute la durée de cette année, par conséquent jusqu'au moment de la litiscontestation, qui forme ainsi le dernier instant du délai.

L'année se compte donc ici en arrière ; procédé familier au préteur, témoin ce qui se passe dans l'interdit *utrubi*, où la victoire appartient à celui des deux plaideurs qui a possédé le plus longtemps, sans vices, pendant l'année qui précède la reddition de l'interdit.

72. Quelques auteurs (Mérille, Variant. ex Cujacio liv. III, ch. 27 ; Donneau liv. V, ch. 25 ; Glück t. 8, p. 343, 346 ; Obrock, p. 76, cités par Pellat, p. 550) pensent qu'Ulpien exigeait la bonne foi au moment de l'action, même dans le cas où l'*ancilla* avait été achetée. Il aurait ainsi suivi l'opinion exprimée par Pomponius dans la L. 4 D., *Pro suo*, 41, 10. Ce jurisconsulte, en désaccord sur ce point avec Trebatius, semble dire que l'usucapion a lieu ici au titre *pro suo*, et décide que si le possesseur après avoir appris la vérité, n'avertit pas le maître de l'esclave, le pouvant faire, sa possession devient clandestine et inefficace. — Mais d'abord Ulpien n'admet pas qu'une possession qui a débuté sans vice puisse devenir clandestine, L. 6, D., *De ad. pos.* 41, 2. — En second lieu Pomponius n'exigeait pas la bonne foi, mais l'absence de clandestinité, ce qui ne revient pas au même, notamment dans le cas où le possesseur n'a pu avertir le propriétaire. — En troisième lieu, en admettant même que Pomponius vît ici un cas d'usucapion *pro suo*, dans le sens spécial de ce mot, ce qui est douteux, car celui qui possède *pro emptore* possède aussi *pro suo* (L. 1, pr. D., *Pro suo*, 41, 10), en tous cas Ulpien, lui, pensait qu'on usucape l'enfant au titre où l'on aurait usucapé la mère, L. 11, § 4, D. *h. t.* — Quatrièmement enfin, si notre § 3 avait ce sens, Julien, cité par Ulpien dans ce §, se trouverait en contradiction avec lui-même, car il enseigne que pour usucaper le part de l'*ancilla* furtive que l'on a achetée, il suffit d'être de bonne foi au moment de la conception et de la naissance, L. 33, pr. D., *De usurp.*, 41, 3.

Schirmer, *Usucapion* p. 136, note 84 et Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XV, p. 308, cité par Huschke, p. 69, n. 137, a cherché à expliquer notre § 3 en disant que pour exercer la Publicienne il est nécessaire au moment de l'ac-

183. — Avant d'abandonner ce § 3, il convient de résoudre une dernière question.

Comment se fait-il que l'acquéreur de l'*ancilla* furtive, étant encore de bonne foi au moment de l'action, songe à intenter la Publicienne ? Il se croit encore propriétaire de la mère, et par conséquent de l'enfant; comment se fait-il qu'il n'intente point la revendication ? Intenter la Publicienne, n'est-ce pas reconnaître qu'il a des doutes sur son droit; or le texte suppose précisément qu'il n'en a pas ?

Pourrait-on résoudre cette difficulté en supposant que l'*ancilla* n'a pas été *mancipée* au donataire; qu'ainsi il doit ne se considérer que comme propriétaire bonitaire de cette femme, que par suite il doit croire aussi avoir seulement l'*in bonis* de l'enfant, et par conséquent ne pouvoir intenter que la Publicienne ?

D'abord il faudrait savoir si le propriétaire bonitaire ne devient pas immédiatement propriétaire quiritaire des fruits et produits de la chose, ce qui est très soutenable [73]. Ensuite il faut supposer que l'esclave n'a pas

tion d'ignorer que l'*ancilla* est furtive, mais on pourrait savoir qu'elle est à autrui. Mais cette distinction ne repose sur aucune base rationnelle. Car la connaissance que j'acquiers de la furtivité de la mère après avoir pris de bonne foi possession de l'enfant ne saurait rendre cet enfant furtif. Par conséquent son seul effet est de faire cesser la bonne foi, et si la cessation de la bonne foi n'est point préjudiciable dans le cas où l'*ancilla* n'est point furtive, on ne voit pas pourquoi elle le serait dans le cas contraire. — Enfin ce système met Julien en contradiction avec lui-même, car dans la L. 33, pr. D., *De usurp.*, 41, 3, il exige seulement la bonne foi au moment de la naissance et de la conception.

73. Cette question rentre dans une difficulté plus générale. Pour le propriétaire, les fruits ou autres produits constituent-ils une acquisition nouvelle ? Il y a deux intérêts pratiques : 1° si le fruit ou le produit constitue une acquisition nouvelle, s'opérant *lege*, le propriétaire bonitaire de l'objet principal sera propriétaire quiritaire du produit: 2° s'il y a acquisition nouvelle, les produits ne seront pas grevés de l'hypothèque spéciale dont était affecté l'objet principal. Or, les textes résolvent en ce sens cette dernière question. Paul Sent. II, 5, § 2. D'autres textes, il est vrai, déclarent le produit hypothèqué, (L. 26, § 2, L. 29, § 1, D., *de Pign.* 20, 1. L. 3, C., *In quib. causis pignus tacite*. 8, 15, L. 1, C. *De partu pign.* 8, 25). Mais ils donnent pour motif l'intention présumée du débiteur, or, cette question d'intention ne naîtrait même pas, si le produit n'était qu'une portion du la chose; il serait fatalement grevé comme elle de l'hy-

été mancipée, ce qui est peu vraisemblable dans l'espèce ; il s'agit en effet d'une donation portant sur une *res mancipi* et qui, sans mancipation, ne serait pas *perfecta ;* vraisemblablement le donataire aura eu soin de faire remplir cette formalité. L'explication proposée n'est donc pas satisfaisante.

Il est bien plus naturel de voir ici un cas d'application de la Publicienne intentée par une personne qui croit pouvoir aussi bien se servir de la revendication, mais qui préfère l'action prétorienne, beaucoup plus avantageuse et menant d'ailleurs au même résultat. Nous montrerons ultérieurement (Chapitre XVIII) qu'à l'époque classique, à part certains cas comme celui où l'on réclame un legs *per vindicationem*, le propriétaire avait à sa disposition les deux actions, et intentait presque toujours de préférence la Publicienne, en sorte que l'action de beaucoup la plus usitée en pratique, c'était notre action et non la revendication. A ce titre c'est la Publicienne qui méritait d'être appelée l'*actio in rem* par excellence.

184. — En matière de donation, le titre putatif, après avoir été admis par quelques jurisconsultes chez qui c'était l'application d'une doctrine générale, finit par être repoussé [74].

pothèque, et cette hypothèque le frapperait même si ce produit naissait lorsque la chose principale est aux mains d'un tiers acquéreur, ce qui n'est pas, voy. textes précités. En sens contraire Accarias, § 252.

74. Voy. L. 27, D., *De usurp.* 41, 3. — L. 11, D., *Pro emptore*, 41, 4, et surtout L. 1, pr. D., *Pro donato*, 41, 6.

Section VIII. — *Titre pro adjudicato.*

185. Renvoi au nº 132.

185. — L. 7, pr. D., *h. t.* : *Sed et si res adjudicata sit, Publiciana actio competit.*

Nous nous sommes suffisamment expliqués sur ce point, *supra*, Chap. XIII, nº 132, à propos de la question de savoir si l'on peut intenter la Publicienne alors qu'on n'a jamais possédé.

Section IX. — *Titres pro dote et pro judicato.*

186. L. 3, § 1, D. *h. t.* Cas dans lesquels le mari usucape et a la Publicienne au titre *pro dote.* Du titre putatif. — 187. Titre *pro judicato.* — Système de Pellat : le titre *pro judicato* s'applique au cas où le défendeur restitue sur l'*arbitrium* du juge dans une action *personnelle arbitraire*, ou donne un objet au lieu et place de la condamnation pécuniaire qu'il a encourue. — Réfutation. Dans ces cas l'usucapion a lieu au titre *pro soluto.* — 188. Système adopté dans une action réelle, revendication ou Publicienne, la restitution en vertu de l'*arbitrium* du juge fournit un juste titre au demandeur, qui peut-être n'avait auparavant qu'un titre putatif, ou ne pouvait plus fournir la preuve de son titre originaire ; développement et preuve.— 189. Autre argument : L. 33, § 3, D. *De usurp.*, 41, 3. Cas d'abandon fait *solvendi causa*, sur la menace d'une action personnelle, usucapion au titre *pro soluto.* Si l'action imminente avait été réelle, l'abandon donnerait lieu à l'usucapion au titre *pro suo.* — 190. Faiblesse des autres explications de ce texte. — 191. Les objections faites au système ici adopté reposent sur une confusion entre la *justa causa traditionis* et la *justa causa usucapionis.* — 192. Système de M. Accarias : deux hypothèses. Refutation. Systèmes de von Vangerow (rétracté), de Arndts, de Windscheid. Réfutation. — 193. Parfois il sera plus avantageux d'invoquer l'ancien titre, si on peut le prouver, parfois il vaudra mieux s'en tenir au titre *pro judicato.*— Accession de possession dans ce cas.

186. — L. 3, § 1, D. *h. t.* : *Et non solum emptori bonæ fidei competit Publiciana, sed et aliis, ut puta ei cui dotis nomine tradita res est, necdum usucapta : est*

enim justissima causa, sive æstimata res in dotem data sit, sive non. Item si res ex causà judicati sit tradita.

Avant de commenter la dernière phrase de ce fragment, disons quelques mots du titre *pro dote*, puisque le texte nous en fournit l'occasion.

Ulpien ici, comme dans la L. 1, pr. D. *Pro dote*, 41, 9, appelle la dot *justissimus titulus usucapionis*. Mais ce n'est pas toujours au titre *pro dote* que le mari usucape et qu'il a la Publicienne ; il faut distinguer :

1° Le mari usucape *pro dote*, après le mariage, les objets qui lui ont été donnés en dot, sans estimation.

2° Si la tradition qui lui a été faite avant le mariage n'a pas été subordonnée expressément à la condition suspensive *si nuptiæ sequantur*, il usucape même avant le mariage, mais c'est alors au titre *pro suo*.

Si la tradition a été faite sous condition, il n'usucape qu'à partir du mariage et alors au titre *pro dote*.

3° Quant aux objets donnés en dot avec estimation, il est considéré comme acheteur sous la condition suspensive de la célébration du mariage; il usucape donc *pro emptore*, et seulement à partir du jour du mariage.

Les Proculiens admettaient ici le titre putatif [75]; les Sabiniens, dont l'opinion l'emporta, le rejetaient [76].

Sur tous ces points, voyez L. 1, L. 2, D., *Pro dote*, 41, 9; L. 10, § 4, D., *De jure dotium*, 23, 3 et Pellat, Textes sur la dot, p. 75, 104, 105.

187. — Arrivons à la phrase finale :

Item si res ex causa judicati sit tradita [77].

Pellat, p. 479, 480, refuse, nous verrons tout à

75. L. 67, D., *De jure dot.* 23, 3, Proculus.

76. Cassius, cité par Ulpien, L. 1, §§ 3, 4, D., *Pro dote*, 41, 9.

77. On a parfois voulu rattacher ce texte à l'idée exprimée par la L. 137, D., *De reg. juris*, 50, 17 : *Qui auctore judice comparavit, bonæ fidei possessor est.* Mais *judex* dans ce dernier texte signifie le Préteur, comme le prouvent les L. 13, § 6, L. 14 pr., § 1, D., *De religiosis*, 11, 7, dont la L. 137 citée n'est qu'un fragment. Par conséquent cette loi 137 ne fait que répéter le principe de la L. 11, D., *De adq. pos.* 41, 2 : *Juste possidet qui Prætore auctore possidet.*

l'heure pour quelles raisons, d'appliquer ce texte au cas où le défendeur, exécutant l'*arbitrium* du juge, remet au demandeur la chose que ce dernier réclame par la revendication ou la Publicienne. Il ne veut pas admettre que le jugement sur l'action réelle forme en faveur du demandeur un titre en vertu duquel il pourra usucaper et intenter la Publicienne, si nous supposons qu'il n'était point propriétaire de l'objet auquel le juge a cru qu'il avait droit.

Pellat estime que le texte s'applique : 1° au cas où le défendeur à une action *personnelle* arbitraire, comme l'action *quod metus causa*, exécute l'*arbitrium* du juge et restitue l'objet; 2° ou encore au cas où, condamné à une somme d'argent sur une action personnelle ou réelle, le défendeur s'acquitte en livrant au demandeur des écus qui n'étaient pas à lui [78], ou en donnant en paiement, du consentement du demandeur, un objet appartenant à autrui.

Ce système n'est pas admissible.

Dans tous ces cas, c'est au titre *pro soluto*, non au titre *pro judicato* que le demandeur usucaperait.

En effet, le défendeur condamné est tenu d'une OBLIGATION : *incipit ex causa judicati* TENERI, dit Gaius, III, § 180. Le même Gaius, III, § 173, appelle SOLUTIO *imaginaria* le mode de libération s'opérant *per æs et libram*, et applicable à certains cas : *veluti si quid eo nomine debeatur, quod per æs et libram gestum est, sive quid ex* JUDICATI *causa* DEBETUR. Enfin Ulpien, L. 7, D., *De sol.*, 46, 3, s'occupant de l'imputation du paiement dit : *Proinde si quid ex causa judicati et non judicati* DEBEATUR, *id putem solutum quod ex causa judicati* DEBETUR.

Donc l'exécution d'une condamnation est un *paie-*

78. Nous laisserons de côté ce cas. L'usucapion de l'argent monnayé est une hypothèse très rare et peu pratique.

ment ; on ne peut guère le contester sérieusement dans une action personnelle ; la cause de l'obligation change mais non pas la nature de l'acte par lequel on l'acquitte; c'est toujours un paiement. Le fait de celui qui exécute une obligation est un *paiement*; donner une autre chose à la place de l'objet dû constitue une *datio in solutum,* donc, dans les deux cas indiqués par Pellat, on usucape au titre *pro soluto* [79].

Par conséquent il n'y a aucune raison de dire, comme Pellat, que, si le paiement que le débiteur fait spontanément fonde le titre *pro soluto*, le paiement fait pour exécuter un jugement peut bien fonder le titre *pro judicato*, raisonnement d'autant plus inadmissible que le seul cas pratique est celui d'un objet donné *in solutum*, à la place de la somme d'argent à laquelle on a été condamné ; or, dans ce cas, la *datio in solutum*, le fait de s'acquitter, du consentement du créancier, en donnant autre chose que l'objet dû, est un acte tout aussi spontané que lorsque le débiteur fait cette *datio* avant d'être condamné.

Enfin le voisinage de deux textes, qui parlent immédiatement après du cas de paiement et de l'abandon noxal [80], loin de fortifier le système de Pellat, le condamne, car la conjonction *vel* qui sépare ces trois cas montre qu'il s'agit de trois titres distincts : *pro judicato, pro soluto, pro noxæ deditione.*

188. — Concluons de là qu'il s'agit bien dans notre texte d'une action réelle et non pas d'une action personnelle.

Le défendeur obéissant à l'*arbitrium* remet la chose revendiquée au demandeur qui dès lors trouve dans le jugement un juste titre d'usucapion et de Publicienne [81].

79. L. 46, D., *De usurp.*, 41, 3.
80. L. 4 : *Vel solvendi causa.* — L. 5 : *Vel ex causa noxæ deditionis.*
81. En ce sens, mais sans motifs, Huschke, p. 54 *in fine.*

Ce juste titre lui manquait peut-être auparavant. Ayant acheté Stichus, on m'a par erreur livré à sa place Dama que j'ai pris pour Stichus. On sait que je ne pourrais usucaper Dama auquel mon titre ne s'applique pas [82]. Un tiers s'en empare, je revendique et l'esclave m'est restitué sur l'ordre du juge. Désormais je pourrai l'usucaper au titre *pro judicato*, je n'en ai pas d'autre. Il importerait peu que plus tard on vînt démontrer que mon titre primitif ne s'appliquait pas à l'objet.

Qu'on se reporte un instant aux motifs qui ont fait exiger un juste titre pour l'usucapion, et cette solution se justifiera aisément.

Le juste titre est la base de la bonne foi, c'est lui qui rend excusable l'erreur du possesseur; la bonne foi est possible sans juste titre réel, si l'on s'imagine en avoir un, mais admettre le titre putatif, ce serait en général donner une prime à l'ignorance ou à l'ineptie. L'homme imprudent et irréfléchi usucaperait, alors qu'un autre plus perspicace ou plus attentif n'usucaperait pas.

Cependant l'usucapion se justifie dans des cas exceptionnels, lorsque le plus prudent aurait été trompé. Nous sommes précisément dans l'un de ces cas.

Mon erreur a été invincible, puisqu'un juge, homme désintéressé, éclairé par une discussion contradictoire, s'y est laissé prendre et m'a cru propriétaire; puisque mon adversaire, intéressé au plus haut point dans sa lutte contre moi à montrer le côté faible de ma prétention, n'a pu trouver ce défaut de la cuirasse!

Si le juge, si l'adversaire lui-même s'y sont trompés, à plus forte raison devais-je me faire illusion, moi dont l'intérêt militait dans ce sens! Mon erreur a été invincible, partant excusable, elle est justifiée par le jugement

82. L. 2, § 6, D., *Pro empt.*, 41, 4.

rendu en ma faveur, ce jugement est donc mon juste titre !

Ce que nous avons dit du cas où le titre originaire ne portait pas sur l'objet possédé, s'appliquera aussi au cas où le demandeur ne peut fournir les preuves du juste titre primitif.

Qui non probat, dicitur jure carere!

C'est un héritier, il ne sait ni de qui, ni comment, ni à quelle date son auteur a acquis l'objet litigieux. Heureusement l'auteur a eu un procès à soutenir à raison de cet objet; il en a été déclaré propriétaire, des témoins constatent le fait; ils ne peuvent se souvenir des détails : le jugement lui-même n'a peut-être pas indiqué si c'est par suite de vente, donation, échange, legs ou succession que le défunt est devenu propriétaire! Peu importe, le juge a dû être convaincu de l'existence d'un titre; à partir du jour où il a rendu sa sentence, la bonne foi du vainqueur a reçu une éclatante justification, et cette justification n'est autre chose que le juste titre!

Il en sera de même toutes les fois que le titre originaire de ma possession aura été *adiré*. Le jugement qui constate mon droit en tiendra lieu.

La jurisprudence française reconnaît qu'un jugement déclarant une personne propriétaire, constitue en sa faveur un *titre de propriété* propre à fonder contre d'autres personnes une action en revendication; d'où il résulte nécessairement, et quoiqu'on en ait dit, que ce titre pourrait servir de base à la prescription acquisitive [82 bis]. Si un pareil titre suffit, contre un adver-

82 *bis*. Cass. 27 décembre 1865, D. 66, 1, 5, et la note — S. 66, 1. 205 : « Attendu, en droit, que, la propriété étant un droit réel, l'arrêt qui déclare un individu propriétaire *équivaut nécessairement à un titre*, susceptible comme tout autre titre d'être opposé à tous par celui qui l'a obtenu; que, sans doute, l'autorité de la chose jugée étant limitée par l'art. 1351 aux seules parties en cause, un tel arrêt ne saurait être opposé aux tiers avec le caractère de la chose

saire qui n'a à m'opposer ni titre ni possession antérieure à mon titre, pour démontrer ma propriété, à plus forte raison doit-il suffire pour baser la prescription de dix à vingt ans; il serait contradictoire de ne pas l'admettre. Voyez au surplus, *infra*, Chapitre XXVIII.

Dans la doctrine opposée à la nôtre, il serait permis à un tiers de contester à toute époque mon usucapion et mon droit à la Publicienne en prouvant l'inexistence du titre qui m'avait assuré gain de cause dans le premier procès.

On se demande alors ce que peut bien vouloir dire notre texte lorsqu'il affirme que la Publicienne compète *si res ex causa judicati sit tradita;* car il ne peut être question, comme nous l'avons vu, d'une action personnelle !

189. — Un autre texte vient fournir un argument *a fortiori* à l'appui de notre thèse : c'est la L. 33, § 3, D., *De usurp.*, 41, 3, Julien :

Si mihi Titius, a quo fundum petere volebam, possessione cesserit, usucapionis causam justam habebo. Sed et is a quo ex stipulatu fundum petere volebam, cedendo mihi possessione, si solvendi causa id fecerit, eo ipso efficiet ut fundum longo tempore capiam.

La fin du texte ne présente aucune difficulté. Menacé d'une action personnelle en paiement d'un immeuble dû en vertu d'une stipulation, le débiteur vrai ou prétendu s'exécute et livre l'immeuble qu'il détient. Généralement ce sera parce qu'il reconnaît la dette et se croit propriétaire de l'immeuble. Alors il agit *solvendi causa*, comme le dit le texte. Il a l'intention de transférer au créancier, vrai ou prétendu, la propriété de

jugée, mais *qu'il n'en est pas moins un titre*, etc. Voy. aussi Req. rej. 22 mai 1865, S. 65, 1, 359. — Dal. 65, 1, 473. — D'ailleurs la Cour de Cassation a décidé qu'un jugement pouvait servir de titre pour la prescription acquisitive. Civ. rej. 21 fév. 1827, S. 27, 1, 450. — Cass. 14 juillet 1835, S. 35, 1, 754. Voy. *Contra* Aubry et Rau, § 218.

l'immeuble. Ce créancier donc, s'il est de bonne foi, c. a. d. s'il se croit réellement créancier et pense avoir affaire au propriétaire de l'immeuble, usucapera au titre *pro soluto* [83].

Au contraire, si le détenteur de l'immeuble, un fermier par exemple, ou un usurpateur sachant n'être pas propriétaire de cet immeuble, l'avait abandonné au créancier (réel ou prétendu) pour d'autres motifs, par exemple parce qu'il n'a aucun intérêt à refuser de livrer l'immeuble sur lequel il n'a aucun droit, et qu'il devrait toujours restituer à quelqu'un, alors il n'agirait pas *solvendi causa*, la tradition qu'il ferait ne serait pas un acte propre à transférer la propriété et le créancier qui l'a reçue n'aurait aucun juste titre. Tel est le sens du « *si solvendi causa id fecerit* » de notre texte. On voit avec quelle rigueur il précise les conditions nécessaires pour mettre *in via usucapiendi* celui à qui la possession est abandonnée.

Tout autre est le cas prévu dans la première partie du texte ; Julien suppose que le possesseur menacé d'une action en revendication [84] a fait tradition au réclamant, et décide, sans distinction aucune, que ce réclamant acquiert par là une *justa causa usucapionis*.

Cette décision découle de la même idée que celle de la L. 3 *in fine*, D. *h. t.* : désormais celui qui a reçu l'immeuble n'aura pas besoin d'invoquer un titre antérieur, dont les preuves ont peut-être péri ; la remise qui lui a été faite sur sa réclamation sera un titre suffisant.

C'est que dès lors sa bonne foi se trouve justifiée. Ce n'est pas sans motif qu'il se croit propriétaire ; son erreur était invincible puisqu'elle a été partagée par la personne la plus intéressée à contredire, par le pos-

83. Voyez les développemens ci-dessus, n° 172.
84. Pellat lui-même, p. 476, reconnaît que telle est bien l'hypothèse.

sesseur de l'immeuble ; à ce point que ce dernier n'a pas même songé à soutenir un procès qu'il jugeait perdu d'avance, et que, sur la simple menace d'une revendication, il a remis la possession au réclamant !

Si la sentence rendue en ma faveur vaut titre, il doit en être de même de l'acquiescement, et cela pour des motifs tout à fait analogues [85]. Si l'on veut donner un nom à ce dernier titre, il faudra le ranger sous la rubrique vague et générale de titre *pro suo*.

190. — Il faut voir par quelles explications, d'une faiblesse extrême, ceux qui n'admettent point cette interprétation cherchent à écarter ce texte du débat.

« Je réponds » dit Pellat, p. 477, « que rien n'annonce ici, de la part de celui qui cède la possession, l'*intention de reconnaître le droit de l'autre partie ;* qu'il a pu, tout en continuant à croire à son droit, en faire le sacrifice, parce qu'il n'attache pas assez de prix à cette chose pour se donner l'embarras d'un procès, ou bien parce qu'il a reçu ou attend quelque service de l'autre partie, etc. Ainsi on peut très bien entendre que *possessione cedere* n'est pas simplement laisser la place libre à celui qu'on reconnaît comme propriétaire, mais lui abandonner la propriété qu'on peut avoir, la lui transférer. »

S'il est un acte qui implique manifestement la reconnaissance du droit de l'adversaire, c'est le fait de lui abandonner, sans attendre le procès, la chose qu'il veut revendiquer.

Par conséquent il ne faut pas dire : *rien n'annonce...* mais au contraire *tout indique ici, de la part de celui*

85. En ce sens, sans explications, Huschke, p. 54 *in fine*. Dans le même sens, du moins quant à la solution : Arndts, Archiv. f. civ. Prax. XIII, 15, p. 283 et s. — Brinz, p. 209. — Sintenis, Civilrecht I, § 51, note 52, et parmi les anciens : Donneau, *Comment. jur. civ.* lib. V, c. 14, § 13 ; Faber, *Rationalia ad h. l.* cités par Pellat, p. 464 ou par Windscheid, § 179, note 7. Nous ne citons pas Vangerow, parce que cet auteur s'est rétracté (bien à tort à notre gré) dans sa 7e édition, I, § 320, note 3.

qui cède la possession, l'intention de reconnaître le droit de l'autre partie.

Généralement, quand on aime mieux céder que de se laisser faire un procès, c'est qu'on craint de le perdre. Quant au petit roman imaginé pour expliquer que le possesseur actuel, d'un caractère à coup sûr très bénévole, abandonne la chose, non pas parce qu'il reconnaît un droit meilleur, mais pour éviter le souci des affaires, ou parce qu'il attend un service de l'autre partie, etc., d'abord c'est un roman, ensuite il manque de vraisemblance. On ne rencontre pas tous les jours des hommes abandonnant ce qu'ils possèdent sur une réclamation qu'ils jugent de tout point mal fondée. On voit bien plus souvent, nos recueils de jurisprudence en font foi, les plaideurs s'obstiner et dépenser en frais vingt fois la valeur de l'objet plutôt que céder à la prétention adverse. En tous cas on n'en trouvera guère qui aient la bonté, non seulement de s'en aller, mais encore de le faire avec l'intention, comme dit Pellat, de *transférer* leur propriété à celui qui la réclame injustement, sans doute pour lui épargner des scrupules de conscience : charité touchante! Angélique mansuétude!

En vérité, tout cela n'est pas soutenable [86].

86. Pellat dit que *cedere possessione* est pris dans le sens de : transférer la propriété. A l'appui de cette interprétation, Pellat invoque bien à tort la seconde partie du texte où le jurisconsulte, supposant que le réclamant se prétend créancier dit qu'il aura une juste cause d'usucapion si le détenteur de l'immeuble lui cède la possession, car Julien a soin d'ajouter : *si solvendi causa id fecerit. Cedere possessionem* a si peu, par lui-même, le sens de transférer la propriété. que le jurisconsulte est obligé d'indiquer expressément que la cession a été faite ici *dans le but* de payer et par conséquent de transférer la propriété. La fin du texte milite donc contre l'auteur cité et non en sa faveur.

Quant à la L. 52, § 2, D. *De adq. pos.*, 41, 2 : *Species inducendi in possessionem alicujus rei est prohibere ingrediendi vim fieri, statim enim* CEDERE *adversarium, et vacuam relinquere possessionem jubet, quod multo plus est quam restituere,* elle ne prouve pas du tout que *cedere* signifie transférer la propriété. Il s'agit ici d'une *missio in possessionem* ordonnée par le Préteur, comme le prouvent les expressions *prohibere vim fieri* et *jubet.* Le préteur ici fait un acte plus grave que lorsqu'il ordonne une restitution, *quod multo plus est quam restituere*, c'est évident, puisqu'ici il crée un droit nouveau. D'ailleurs le possesseur qui ne s'oppose pas à l'entrée en possession, de peur de l'inter-

191. — Quant aux objections opposées au système que nous adoptons, elles reposent sur une confusion entre la *justa causa traditionis* et la *justa causa usucapionis*.

On se figure que pour usucaper il faut croire, au moment où l'on reçoit la possession, que l'on *acquiert* la propriété.

C'est une erreur !

L'usucapion peut fort bien avoir pour point de départ une tradition qui n'était point faite dans l'intention de transférer la propriété.

Lorsque l'héritier me livre un objet légué *per vindicationem*, mais qui n'appartenait pas au défunt, je commence à usucaper; pourtant, en me faisant tradition l'héritier n'avait pas l'intention d'aliéner, et moi je n'avais pas celle d'acquérir, puisque nous pensions tous les deux que j'étais déjà propriétaire de l'objet légué depuis l'adition d'hérédité.

De même dans le cas de la L. 33 *De usurp.*; je n'ai pas l'intention de vous transférer la propriété de la chose que vous me réclamez, je crois que vous l'avez déjà, je reconnais votre droit.

Dans l'hypothèse de la L. 3, § 1, *h. t.*, il est jugé que vous êtes propriétaire; par conséquent, lorsque je vous restitue la possession sur l'ordre du juge, et sans doute en maugréant, je n'ai pas la moindre intention de vous transférer la propriété; pourtant à partir de cette tradition vous usucaperez et vous aurez la Publicienne.

« La juste cause », dit Pellat (p. 469), « n'est pas destinée à motiver la bonne foi, la bonne foi ne se fonde pas sur la juste cause (!!) La *justa causa*, c'est le fait

dit *Ne vis fiat ei qui in pos. missus est*, n'a pas, bien entendu, l'intention de transférer la propriété et on ne saurait le contraindre à avoir cette intention.

qui détermine le but de la tradition et lui donne la vertu de transférer la propriété. »

Cette dernière proposition est très exacte. Oui, telle est bien la définition de la *justa causa*... en matière de tradition.

Mais ne la confondons pas avec la *justa causa usucapionis !* Nous ne nous arrêterons pas d'ailleurs à démontrer que la première proposition de Pellat est le contre-pied de la vérité. La juste cause est si bien destinée à motiver la bonne foi (lorsque cette dernière est requise), à justifier l'erreur, que parfois on s'est contenté de la bonne foi; le titre putatif a été admis dans des cas où la bonne foi se justifiait par ailleurs grâce à un concours de circonstances qui, malgré l'absence du titre, rendait l'erreur excusable. Voyez au surplus ci-dessus n°s 162, 165 et généralement Chapitre XV, Section I.

192. — Le système de M. Accarias, 4e édition, p. 591 note, 7°, est plus rationnel. Pourtant nous ne pouvons l'adopter, et cela pour des motifs analogues. Suivant l'éminent professeur l'usucapion au titre *pro judicato* aurait lieu dans deux cas :

1er Cas. La chose revendiquée est une *res mancipi* que le défendeur avait usucapée *pendente judicio* et qu'il a restituée par voie de simple tradition.

Alors le demandeur, pour réacquérir la proprité quiritaire, est obligé d'usucaper ; le jugement constitue son juste titre.

Ce système est ingénieux, mais il se heurte aux objections suivantes :

1° Il n'est pas applicable au temps de Justinien, où il n'y a plus de *res mancipi*;

2° En pareil cas le juge ordonnera naturellement au défendeur de remanciper, sans quoi la restitution ne serait pas complète. Le demandeur est en droit de l'exi-

ger; dès lors, par cette mancipation, le demandeur devenu propriétaire quiritaire n'aura pas besoin d'usucaper.

En ce sens : Pellat, p. 195, texte et note 2; Keller, *Ueber litiscont.* p. 176; Savigny, *Système*, § 261, note *c*, cités par Pellat.

2° Cas. La chose revendiquée n'appartenait pas au demandeur, mais il la croyait sienne, et cette croyance durait encore au jour où la chose lui a été restituée. La sentence, il est vrai, est déclarative, non translative de propriété. Mais pendant fort longtemps la restitution ordonnée par le juge resta facultative, l'*arbitrium* ne pouvait être exécuté *manu militari*; alors, si le défendeur consentait à restituer, c'est qu'il avait l'intention d'aliéner, de même que le demandeur avait l'intention d'acquérir. — C'est ainsi, suivant M. Accarias, que le jugement constitue un juste titre d'usucapion.

Objections : 1° Le demandeur n'a certainement pas l'intention d'acquérir, puisque par hypothèse il se croit propriétaire : il veut sans doute acquérir la *possession*, mais non la *propriété*; gardons-nous de toute équivoque.

2° Pourquoi attribuer au défendeur l'intention d'aliéner? C'est d'abord une hypothèse gratuite. On le condamne à restituer la possession, il le fait parce que s'il résistait, il serait condamné à une somme d'argent considérable sur le serment du demandeur [86], car ce serait par mauvaise volonté (*contumacia*), qu'il ne restituerait pas. Il remet donc la possession; pourquoi lui prêter gratuitement l'intention de faire plus et de transférer la propriété?

La supposition n'est pas seulement gratuite, elle est invraisemblable. De deux choses l'une, en effet :

Ou le défendeur se croit propriétaire, et alors il

86. L. 2, D. *De in litem jurando*, 12, 3. — L. 73, D. *De fidej.*, 46, 1.

pense être condamné à tort. On peut être sûr qu'il ne s'exécutera pas de bonne grâce. Jamais il n'aura l'intention de transférer la propriété, puisqu'il peut se dispenser de l'avoir; le juge ne la lui demande pas, et ne peut pénétrer dans sa conscience;

Ou bien il ne se croit pas propriétaire, et alors on peut encore moins lui attribuer l'intention de transférer une propriété qu'il sait ne pas avoir.

Enfin, s'il a usucapé *inter moras litis*, le juge le condamnera à transférer la propriété, mais alors il ne saurait être question d'usucapion pour le demandeur qui deviendra propriétaire par ce transfert émané *a vero domino*.

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait supposer que le juge a commis une série d'erreurs; il faudrait qu'il eût jugé *à tort* :

1° Que le défendeur avait usucapé pendant le procès;

2° Et que le demandeur avait bon droit;

Car, d'une part, si le défendeur avait réellement usucapé pendant le procès, la restitution transférerait cette propriété au demandeur, qui n'aurait plus besoin d'usucaper.

Il n'y aurait pas lieu non plus à usucapion si le demandeur était réellement propriétaire, c'est-à-dire si le juge avait bien jugé!

Il faudrait donc supposer que le juge se fût fourvoyé sur tous les points!

On ne peut croire qu'Ulpien ait eu en vue cette hypothèse aussi compliquée qu'invraisemblable.

Le défaut de tous ces systèmes, c'est, à notre gré, qu'ils confondent la *justa causa traditionis* et la *justa causa usucapionis*, en croyant qu'il est nécessaire pour usucaper d'avoir l'intention d'*acquérir* la propriété au moment où l'on reçoit la possession. Cela n'est pas

exact, selon nous, témoin le cas du legs *per vindicationem* mentionné plus haut.

Vangerow (anciennes éditions) et Arndts admettent aussi que le jugement sera pour le demandeur un juste titre d'usucapion, lorsque le juge s'est trompé et a forcé le défendeur à restituer *bien que ce défendeur fût le véritable propriétaire.*

Mais alors, de deux choses l'une:

Ou bien l'on admet que la restitution ainsi faite par le véritable propriétaire a transféré la propriété au demandeur et alors il n'a pas besoin de l'usucapion;

Ou bien l'on dira que la propriété n'a pas été transférée, mais que la restitution en vertu du jugement constitue *dans ce cas* un juste titre d'usucapion. Elle ne serait donc pas un juste titre si le défendeur n'avait pas été propriétaire. Dès lors, dans un autre procès, celui qui invoque cette restitution comme juste titre fondant son usucapion, devra justifier qu'elle constitue en effet un juste titre, ce qui n'a lieu, d'après les auteurs cités, qu'autant que lors du premier procès le défendeur était le véritable propriétaire. Il faudra donc, dans le second procès, que celui qui invoque l'usucapion prouve que le premier juge s'est complètement trompé en lui donnant gain de cause, attendu que c'était son adversaire qui était réellement propriétaire!!

Voit-on bien une personne obligée, pour gagner un second procès, de démontrer que c'est contre toute justice qu'elle en a gagné un premier? On ne saurait pousser plus loin l'invraisemblance. Cela n'altère en rien, sur d'autres points, la légitime autorité qui s'attache aux savants travaux des auteurs cités, mais: « *quandoque bonus....* »

Les auteurs suivants refusent de voir un juste titre dans le jugement : Unherholzner, Verjahrungslehre, I, § 116; Danz, Zeitschr. f. Civilr. u Proz, V, 19; Stephan,

Archiv. f. civ. Pr. XXI, 10 ; Peiffer, *eodem*. XXXVII, p. 121 et s. — Bechmann, Ueber die usucapio ex causa judicati, 1860; Scheurl, Beitrage II, p. 82-86; Bœcking, II, § 146, n. 28 ; Vangerow, 7e édition, I, § 320, note 3; Windscheid § 179 *in fine*, auquel nous empruntons ces citations; ajoutons: Sell, Lehre d. ding. Rechte. I, p. 203. cité par Pellat.

Windscheid pense que le jugement peut être invoqué seulement pour prouver que le demandeur croyait être propriétaire en vertu de son ancien titre. Autant déclarer que le jugement ne sert à rien du tout, car cela se réduit à dire qu'il rendra plus difficile la preuve de la mauvaise foi. Pour réfuter l'argument tiré de la L. 33, § 3, D. *De usurp.*, l'auteur cité remarque que c'est dans la tradition faite sous la menace d'une revendication, que Julien voit la *justa causa usucapionis*. Si Windscheid veut dire par là que cette tradition est faite par le possesseur menacé d'un procès, dans l'intention de transférer la propriété, c'est le système de Pellat que nous avons combattu aux nos 187 et s. ; s'il reconnaît que la tradition faite sous menace d'une revendication est un juste titre, alors il faut donner la même solution pour la tradition faite en vertu de l'*arbitrium* du juge, sous menace d'une condamnation pécuniaire.

On a vu dans quelles complications, dans quelles inextricables difficultés on se trouve entraîné, lorsqu'on n'admet pas que les Romains pour décider si l'on usucapait, se sont placés tout simplement au point de vue du bon sens.

La *justa causa* pour eux n'était que l'ensemble des circonstances propres à démontrer l'absence de mauvaises intentions chez l'*usucapiens*. Cette expression de *justa causa* était donc très large ; les modernes l'ont enserrée dans un sens technique trop étroit.

Ainsi, pour conclure ces développements, disons que la tradition faite en vertu de l'*arbitrium* du juge dans une action réelle, ou sur la menace d'une telle action, renferme la juste cause exigée pour la Publicienne et pour l'usucapion [87 et 88].

193. — Cette règle sera très utile dans certains cas : par exemple si l'on a perdu la preuve du juste titre originaire, si ce titre était putatif, ou inapplicable à l'objet.

Autrement on pourrait avoir plus d'intérêt à invoquer l'ancien titre.

Sans doute la possession qu'on a eue en vertu de cet ancien titre ne compte pas, puisqu'elle a été interrompue; mais cet ancien titre peut être plus avantageux que le nouveau, par exemple si c'est le titre *pro herede* qui autrefois n'exigeait pas la bonne foi.

Parfois aussi il vaudra mieux ne pas invoquer l'ancien titre, et s'en tenir au titre *pro judicato*; par exemple dans le cas où on possédait à titre de donataire : ce titre en effet exige la bonne foi pendant toute

87 et 88. On cite parfois un autre texte, prévoyant un cas analogue à celui de la L. 33, D., *De usurp.* ; c'est la L. 29 au même titre, Pomponius :

Quum solus heres essem, existimarem autem te quoque pro parte heredem esse, res hereditarias pro parte tibi tradidi. Propius est ut usu eas capere non possis, quia nec pro herede usucapi potest quod ab herede possessum est, neque aliam ullam habes causam possidendi. Ita tamen hoc verum est, si non ex transactione id factum fuerit. Idem dicimus si tu quoque existimes te heredem esse ; nam hic quoque possessio veri heredis obstabit tibi.

Remarquez qu'ici il y a eu tradition d'une part indivise et non pas partage, autrement nous tomberions dans un cas d'échange, voy. plus haut n° 171. Remarquez aussi qu'il n'y a pas transaction ; en cas de transaction, l'*accipiens* aurait un autre titre que ses prétentions à l'héritage et usucaperait pro *transactione*, voy. plus bas, Section X. Dans l'espèce il a un titre, celui d'héritier prétendu, il ne peut s'en dépouiller par sa seule volonté : *nemo sibi causam possessionis mutare potest*; et malheureusement ce titre ne lui permet pas d'usucaper les choses dont l'héritier véritable a déjà pris possession. Or, tel est précisément le cas. Il aurait beaucoup mieux valu pour lui se croire copropriétaire, collégataire par exemple, des choses qui composent aujourd'hui la succession dont on lui livre la moitié. Son usucapion procéderait alors au titre *Pro suo* en vertu du principe posé par Julien dans la L. 33, § 3, D. *De usurp.* expliquée plus haut, et ne rencontrerait pas l'obstacle spécial qui seul dicte la solution de Pomponius.

la durée de la possession ; tandis que le titre *pro judicato* ne l'exige qu'au moment de la restitution, c'est-à-dire au début de l'usucapion suivant la règle ordinaire.

Cette bonne foi est naturellement exigée dans le titre *pro judicato*, bien que le texte ne le dise point ; il n'en parle pas non plus pour les cas de dot, de donation, de paiement, d'échange, etc., et cependant nul ne conteste dans ces cas la nécessité de cette condition. D'ailleurs dans le titre *pro judicato* et dans le cas de la L. 33, § 3, D. *De usurp.*, 41,3, la bonne foi se trouve si fortement justifiée qu'il serait presque impossible de fournir la preuve contraire, laquelle incombe, on le sait, à l'adversaire.

Celui à qui la chose est restituée par l'ordre du juge commence donc une nouvelle usucapion, soit à l'ancien titre s'il peut en prouver l'existence, soit en vertu du jugement. Dans tous les cas il pourra joindre à sa possession nouvelle celle qu'a eue son adversaire[89].

Section X. — *Pro transactione*

194. La transaction constitue un juste titre même pour l'objet litigieux ; c'est là un titre subsidiaire pour le cas où le titre que l'on croit avoir ferait défaut.

194. — La transaction offre moins de difficultés.

Nous avons sur ce point deux textes : la L. 29 D., *De usurp.*, 41, 3, reproduite plus haut (note 87-88) et la L. 8, C., *De usucap. pro emptore*, 7, 26 :

Ex causa transactionis habentes justam causam possessionis usucapere possunt.

89. L. 13, § 9, D. *De adq. pos*, 41, 2 : *Si jussu judicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit.* Ce texte est une preuve nouvelle à l'appui de notre doctrine ; je ne puis user de la possession de mon auteur que si j'ai un juste titre qui relie les deux possessions. Ce juste titre, entre le demandeur et le défendeur, c'est le jugement.

Si, pour prix de l'abandon de mes prétentions, je reçois de mon adversaire un objet qui n'est pas à lui, je l'usucaperai bien entendu, je suis dans la situation d'un acheteur ou d'un coéchangiste.

Mais la transaction constitue-t-elle un juste titre à l'égard de l'objet litigieux lui-même?

Ici nous ne pouvons point raisonner comme dans le cas où mon adversaire m'abandonne purement et simplement l'objet que je réclame. Il ne faut pas dire que la transaction justifie ma bonne foi, comme l'acquiescement dont nous venons de parler à la Section précédente. Dans la transaction, mon adversaire, qui me laisse l'objet litigieux, ne reconnaît en aucune façon mon droit, la preuve c'est qu'il reçoit un prix pour se désister. Dans son opinion il me transfère sa propriété, et moi, en lui payant une indemnité, bien que persuadé de la bonté de ma cause, j'ai le dessein d'acquérir le droit qu'il peut avoir sur la chose. Cette intention chez moi est sans doute subsidiaire et éventuelle; principalement je crois en mon bon droit; subsidiairement, et pour le cas où je me tromperais, j'acquiers celui de mon adversaire.

Par conséquent, s'il était démontré plus tard que je n'avais aucun titre antérieur à la transaction, c. a. d. si l'éventualité prévue se réalisait, il resterait toujours que j'ai acheté les droits de mon adversaire; à ce point de vue, la transaction est un titre analogue à la vente. C'est pour cela que la L. 8, C. a été mise sous la rubrique : « *Pro emptore vel pro transactione.* »

Voilà pourquoi, dans le cas de la loi 29, D. *De usurp.*, si l'héritier véritable qui m'abandonne la moitié de la succession, le fait à titre de transaction, c. a. d. moyennant une indemnité, il y a pour moi interversion de titre : autrement je posséderais *pro herede*, ce qui, dans l'espèce, m'empêcherait d'usucaper, ainsi que nous

l'avons vu. Maintenant j'ai un autre titre, titre éventuel celui-là, destiné à baser ma possession pour le cas où il serait démontré que je n'avais aucun droit à l'hérédité. Si donc je possède pendant le délai prescrit, ma revendication sera dans tous les cas efficace, car elle s'appuiera sur un dilemne : ou bien je suis héritier et le défunt propriétaire, alors j'ai succédé à son droit; ou bien je ne suis pas héritier, ou le défunt n'était pas propriétaire; mais j'ai alors acheté ces biens de bonne foi, car la transaction vaut vente, et l'usucapion m'en a donné la propriété. Dans ces conditions, si le délai d'usucapion n'est pas écoulé, j'aurai la Publicienne.

Section XI. — *Pro jurejurando*

195. Quelle est l'action donnée, sous le nom de Publicienne, par la L. 7, § 7, D. *h. t.* et sous le nom d'action *in factum* par la L. 11, § 1, D. *De jurejurando*, 12, 2, à celui qui, sur la délation de son adversaire, a juré *fundum suum esse* : 1er Système : c'est l'action personnelle *de jurejurando*. — 196. Selon nous, c'est l'action même que l'on allait intenter ou que l'on avait intentée, c'est-à-dire la revendication ou la Publicienne, actions réelles, dont la formule sera ici rédigée *in factum*. — 197. Restitutions proposées pour les formules de ces deux actions *in factum* : revendication et Publicienne *de jurejurando*. Pourquoi Ulpien, L. 7, § 7, *h. t.*, ne parle-t-il que de la Publicienne? Explication. — 198. Ces actions ne sont données que contre celui qui a déféré le serment et ses ayants-cause; pourquoi? — D'ailleurs le serment n'est pas un juste titre d'usucapion. — 199. Explication de la L. 13, § 1, D., *De jurejurando*, 12, 2. — 199 *bis*. Caractère éminemment relatif de la propriété prétorienne du jureur.

195. — L. 7, § 7, D., *h. t.* : *Si petenti mihi rem jusjurandum detuleris, egoque juravero rem meam esse, competit* PUBLICIANA *mihi, sed adversus te duntaxat; ei enim soli nocere debet jusjurandum qui detulit. Sed si possessori delatum erit jusjurandum, et juraverit rem petitoris non esse, adversus eum solum petentem exceptione utetur, non ut et habeat actionem.*

Il faut joindre à ce texte les lois 9, § 7 et 11, pr. § 1, D. *De jurejurando*, 12, 2, Ulpien :

L. 9, § 7 : *Si petitor juravit, possessore deferente, rem suam esse, actori dabitur actio, sed hoc duntaxat adversus eum qui jusjurandum detulit, eosque qui in ejus locum successerunt. Cæterum adversus alium si velit prærogativa jurisjurandi uti, nihil ei proderit.* L. 11 : *Sed si possessori fuerit jusjurandum delatum, juraveritque rem petitoris non esse, quamdiu quidem possidet, adversus eum qui detulit jusjurandum, si petat, exceptione jurisjurandi utetur; si vero amiserit possessionem, actionem non habebit, ne quidem si is possideat, qui ei jusjurandum detulit; non enim rem suam esse juravit, sed ejus non esse.* § 1. *Proinde si, quum possideret, deferente possessore rem suam esse juravit, consequenter dicemus, amissa quoque possessione, si is qui detulit jusjurandum nactus sit possessionem,* ACTIONEM IN FACTUM *ei dandam; et fructus perceptos ex re, quam meam esse juravi restitui mihi placuit; sed et partum editum, fœtusque pecorum restituendos constat post jusjurandum delatum.*

Dans le premier texte, Ulpien donne la Publicienne à celui qui a juré « *fundum suum esse.* » Dans le second texte il lui donne une action *in factum.* Est-ce l'action prétorienne de *jurejurando?*

M. Accarias, § 725 *in fine*, ne voit dans ces deux textes qu'une seule et même action, l'action *de jurejurando.* « Elle aboutit en général, » dit cet auteur, « aux » mêmes résultats que l'action à propos de laquelle le » serment a été déféré, L. 9, § 2, L. 11, § 1. D., *De* » *jurejur.*, 12, 2. Toute la différence consiste en ce » que le droit n'a plus besoin d'être prouvé. Aussi les » Romains donnent-ils quelquefois à l'action *de jure-* » *jurando* le nom même de l'action à laquelle elle se » substitue. *Par exemple, Ulpien appelle Publicienne* » *l'action intentée contre un possesseur à raison du ser-* » *ment qu'il a déféré*, (L. 7, § 7, D., *De publ.* VI, 2.)

» De même il appelle *pigneraticia* l'action en restitu-
» tion fondée sur le serment par lequel j'ai affirmé que
» telle chose était entre vos mains par suite d'un con-
» trat de gage intervenu entre vous et moi, L. 13, § 5,
» D. *De jurejur.*, 12, 2. »

196. — Nous reconnaissons qu'il y a beaucoup de vrai dans ces observations. Si l'on a, par exemple, juré avoir acheté, on pourra agir *ex empto* et l'adversaire *ex vendito*. Si l'on a juré avoir contracté une société, on pourra agir et être actionné *pro socio*. Enfin s'il a été juré par le mari que sa femme lui a apporté un bien en dot, la femme aura l'*utilis actio de dote*, L. 13, §§ 3, 4, 5, D. *De jurejur.*, 12, 2. L'action est *in factum*, en ce que le juge est chargé de vérifier le fait du serment prêté, et ensuite de juger comme s'il était constant que le contrat allégué est intervenu entre les parties. Cette action est d'ailleurs, avec raison, désignée par l'épithète d'*utilis* (voy. aussi L. 29, L. 11, § 3, D. *eod.*) car elle est donnée dans un cas pour lequel elle n'a pas été faite. L'action *pigneraticia* est faite pour le cas où il y a eu gage ; elle est donnée ici, que ce contrat soit ou non intervenu, à la seule condition du serment.

Ainsi il y a une nuance entre le système de M. Accarias et celui que nous croyons devoir adopter.

Le savant professeur pense que les Romains donnent souvent à l'action *de jurejurando* le nom de l'action à laquelle elle se substitue.

Nous pensons que l'action *de jurejurando* n'est pas plus une action spéciale que l'action *de peculio* [89 bis]. C'est l'action même que le jureur prétendait avoir,

89 *bis*. L'action *de peculio*, comme toutes les actions *adjectitiæ qualitatis*, n'est pas une action spéciale, mais l'action qui serait née du contrat, si ce contrat avait été passé avec une personne libre. La formule de l'action ordinaire est modifiée pour restreindre la condamnation aux limites du pécule ou de l'*in rem verso*. Voy. Accarias, § 876 et s., Maynz, § 308, Obs. 1, L. 42, pr. D. *De furtis*, 47, 2. L. 5, § 1, D. *De exercit. act.*, 14, 1.

avec une modification dans la formule, modification donnant au juge la mission de rechercher, non pas si le droit existe, mais si le serment a été prêté [89 ter].

197. — Dans ces conditions, l'action à donner celui qui a juré « *rem suam esse* » serait une action réelle, *in factum* et utile [89 quater].

Pellat propose la formule suivante (p. 500) :

Si paret Aulum Agerium, Numerio Negidio deferente, juravisse fundum Cornelianum suum esse ex jure quiritium, neque is fundus restituetur, quanti ea res erit, N^m N^m A^o A^o condemna [90].

89 *ter*. Par conséquent je crois avec Pellat que l'action donnée à celui qui a juré « *rem suam esse* » est réelle. M. Accarias, II, § 725 A, dit au contraire : « L'action qui dérive du serment étant fondée sur le respect dû à une convention, est toujours personnelle, et cela même quand la difficulté tranchée porte sur un droit réel. Voilà pourquoi celui qui jure avoir la propriété d'une chose ne peut jamais user de l'action *de jurejurando* que contre son adversaire lui-même ou contre ses successeurs ». Ce résultat s'explique, à notre gré, par les motifs exposés plus bas, et non par le caractère de l'action qui doit être réelle, bien que procédant contre certaines personnes seulement. Si, au point de vue du droit de suite, il n'y a pas d'intérêt , dans ces conditions, à proclamer le caractère réel de l'action, l'intérêt n'en subsiste pas moins au point de vue du droit de préférence. Le principe que les condamnations sont pécuniaires sous la procédure formulaire, n'empêche pas du tout le titulaire d'une action réelle de jouir d'un droit de préférence. N'oublions pas en effet que le défendeur à une action réelle a dû fournir la caution *judicatum solvi* ; par suite le demandeur est sûr de recouvrer, au moins contre la caution, le montant intégral de la condamnation, tandis que si l'action est personnelle, le demandeur, vu le défaut de la caution *judicatum solvi*, viendra au marc le franc avec les autres créanciers pour le montant de la condamnation et n'obtiendra qu'un dividende. On sait d'ailleurs que si le défendeur à l'action réelle ne fournissait pas la caution requise, le préteur lui enlevait la possession et la transférait au demandeur qui obtenait ainsi toute garantie. *Frag. Vindob.*, § 6. — Paul, I, 11, § 1. — Frag. Vat. § 92.

Enfin, lorsqu'on a une action réelle, on peut l'intenter même après la faillite et obtenir condamnation intégrale contre le *bonorum emptor* qui a acheté le patrimoine du possesseur. Par une action personnelle on n'obtiendrait du *bonorum emptor* qu'un dividende de sa créance.

Puisque, en cas de serment, on donne au jureur, selon les cas, l'action *vigneraticia* utile, *de dote* utile, *venditi* utile, nous dirons que, s'il a juré être propriétaire, on lui donnera la revendication ou la Publicienne *utiles*, c. a. d. en définitive, une action réelle utile.

89 *quater*. Cette épithète d'utile se trouve dans L. 29, D. *De jurejur.* et L. 13, § 1 *eod.* Le système que nous adoptons paraît donc cadrer au fond avec la doctrine de Pellat.

90. Rudorff, *R. G.* § 30, p. 103, Anm. 5 et Keller, Procédure, trad. Capmas, § 31, note 346, proposent une formule semblable ; ils retranchent seulement : *ex jure quiritium*.

Mais il nous paraît impossible d'adopter cette restitution.

D'abord pourquoi le *ex jure quiritium* ? Il ne figure point dans les textes reproduits ci-dessus ; il y a seulement « *suum esse.* » Dira-t-on que ces mots ont été retranchés par les compilateurs ? Cela serait en effet possible, mais alors pourquoi Ulpien aurait-il appelé Publicienne l'action du jureur ? Il aurait dû lui donner le nom de revendication, car la formule ci-dessus est celle de la revendication, et non de la Publicienne ; nous n'y trouvons point la fiction d'usucapion, caractéristique de la Publicienne.

Ulpien n'hésite pas dans la L. 13, §§ 3, 4, D. *De jurejurando,* 12, 2 à donner les actions *empti*, *venditi*, *pro socio*, *pigneraticia,* au jureur ; au § 5, il ajoute seulement la qualification d'*utilis* à l'action *de dote* ; de même dans L. 11, § 3. Donc, dans notre L. 7, § 7, D. *h. t.*, il aurait dit : *competit mihi vindicatio*, ou *vindicatio utilis*, et non pas : *competit Publiciana.*

On n'ira pas jusqu'à prétendre peut-être que toute *vindicatio utilis* puisse être appelée Publicienne [90 bis]. La Publicienne constitue sans doute une *utilis vindicatio,* car c'est une revendication fictice, et toute action fictice peut être appelée utile. Mais la réciproque n'est pas vraie. La Publicienne suppose nécessairement que l'on a reçu tradition ou pris possession *ex justa causa* et la formule contiendra la fiction d'usucapion bien connue.

De tout cela résulte qu'il ne faut point corriger le texte et y ajouter : *ex jure quiritium* [91].

90 *bis.* Demangeat, *Cours de droit romain,* 3e édition, p. 626, dit pourtant : L'action Publicienne étant une revendication utile, on comprend qu'Ulpien confonde l'action *de jurejurando* avec la Publicienne, lorsque cette action *de jurejurando* tient lieu de la revendication. — Ce système aboutit donc à imputer à Ulpien une regrettable confusion.

91. C'est aussi l'avis de Huschke, p. 53.

En outre, on peut objecter contre la formule de Pellat que, si elle était vraie, on pourrait intenter une action que le texte appelle Publicienne à raison d'une chose insusceptible d'usucapion, d'une *res furtiva* par exemple. En effet, rien, dans la formule proposée, ne s'oppose à la réussite de l'action, même s'il s'agissait d'un objet volé. Il n'est pas possible d'admettre qu'Ulpien ait appelé Publicienne une action qui s'écarterait à ce point des règles ordinaires de la Publicienne.

Si l'on donne ici la Publicienne et non pas la revendication, c'est, à mon gré, par la raison toute simple qu'Ulpien dans ce passage supposait que le serment a été déféré au demandeur au moment où il intentait, ou allait intenter la Publicienne et non pas la revendication [92].

Il est naturel d'admettre que c'est à la Publicienne qu'il pensait ici, plutôt qu'à la revendication, puisque c'est de la Publicienne qu'il s'occupait dans ce fragment. D'ailleurs nous verrons au Chapitre XVIII que cette action est bien plus fréquente que la revendication.

Voilà pourquoi dans la loi 11, § 1, D., *De jurejurando*, 12, 2, Ulpien, dont la pensée n'est plus concentrée sur la Publicienne, puisqu'il a depuis longtemps

92. Le texte de la L. 7, §7, montre en effet que le serment est déféré à une époque où le rôle des parties est déterminé, ou va l'être; il y a un demandeur (*petitor*) et un défendeur (*possessor*), l'action est déjà intentée (*si petenti mihi rem*), ou tout au moins elle va l'être. Ainsi notre texte s'appliquera soit que, avant le procès, le possesseur ait déféré au réclamant un serment extrajudiciaire, soit que le serment ait été déféré *in jure* ou *in judicio*. Le demandeur l'ayant prêté, le défendeur a immédiatement restitué la chose, par suite le demandeur n'a pas intenté l'action ou s'est désisté. C'est ce qui arrivera le plus souvent en pratique. On peut même supposer que, par suite du serment. le juge a prononcé son *arbitrium* et donné gain de cause au demandeur, auquel la chose a été alors restituée, nous ne retombons pas ici dans l'hypothèse du titre *pro judicato* (ci-dessus Section IX, nos 187 et s.), car les motifs qui font du jugement une justification suffisante de la bonne foi du demandeur n'existent pas lorsque la sentence du juge n'est pas le résultat de sa conviction, mais lui a été impérativement dictée par la prestation d'un serment déféré par l'autre partie.

fini de traiter cette matière, (il traite de la Publicienne au livre 16 et du serment au livre 22 *ad Edict.*) appelle tout simplement *actio in factum* l'action de celui qui a juré *rem suam esse*. Ce sera soit la revendication *in factum*, soit la Publicienne *in factum*.

La formule de la revendication *in factum, de jurejurando*, serait alors ainsi conçue :

Si paret Aulum Agerium, Numerio Negidio deferente, jurasse fundum Cornelianum suum esse (on peut ajouter : *ex jure quiritium*, mais c'est inutile, voyez ci-dessus n° 15) *neque is fundus restituatur, quanti ea res erit, Numerium Negidium condemna.*

Formule de la Publicienne *in factum, de jurejurando* :

Si quam rem A^us^ A^us^, delato a N° N° jurejurando, suam esse juravit, ex justa causa traditam accepisset et anno (ou *biennio*) *possedisset, tum si ea res ejus ex jure quiritium esse oporteret, etc.*

198. — Si l'action dans laquelle le serment était déféré était, comme nous le supposons, la Publicienne, le serment doit avoir, on le sait, des effets analogues à la chose jugée [93]. Dès lors il est établi, par une présomption irréfragable, mais seulement vis-à-vis de l'autre partie, que le jureur remplissait toutes les conditions voulues pour triompher de son adversaire *par la Publicienne*. Il est dès lors tout naturel de lui donner désormais contre cet adversaire cette même action, sans l'assujettir à prouver autre chose que le serment prêté sur la délation de l'autre partie.

Mais, vis-à-vis de toute autre personne, il n'est nullement prouvé que le jureur fût dans les conditions requises pour intenter la revendication ou même seulement la Publicienne. Les effets du serment se restreignent aux parties en cause.

93. L. 8, C. *De reb. cred.* 4, 1. — L. 1, pr. D. *Quarum rerum*, 44, 5.

De là résulte que le serment ne saurait constituer un juste titre d'usucapion. Car l'usucapion opère vis-à-vis de tous; les conditions auxquelles elle est subordonnée doivent exister d'une manière absolue, et non pas seulement vis-à-vis de telle ou telle personne déterminée. Considérer, à l'égard des tiers, le serment prêté comme un juste titre, ce serait permettre de se faire un titre à soi-même.

Huschke, p. 54 et s., le reconnaît; cependant il admet que si, après le serment prêté, le défendeur avait livré la chose au demandeur, ce dernier usucaperait au titre *pro suo* et aurait la Publicienne contre tout le monde, comme dans le cas où la chose réclamée est livrée au demandeur en vertu de l'*arbitrium* du juge, ou sur la menace d'une revendication.

Nous ne pouvons assimiler le cas du serment aux deux autres.

Tout d'abord le texte ne distingue pas; que la chose n'ait pas encore été livrée au jureur par son adversaire, ou qu'elle l'ait été, ce qui arrivera presque toujours (voyez *supra* note 92), il donne l'action seulement contre celui qui a déféré le serment.

En second lieu, dans les deux premiers cas (restitution sur l'ordre du juge, ou sur la menace d'un procès) la bonne foi de celui à qui la chose a été rendue après procès, ou sur menace de revendication, est justifiée à l'égard de tous, ainsi que nous l'avons vu, n°s 188, 189; il a donc *justa causa*. Dans notre hypothèse, au contraire, votre serment ne justifie nullement votre bonne foi vis-à-vis des tiers qui ne vous l'ont pas déféré, car pour eux il ne prouve absolument rien, tandis que le déférant, lui, n'est plus admis à en contester la sincérité.

A son égard votre bonne foi est justifiée; en d'autres termes, vous avez un juste titre!

Donc le serment ne peut constituer une juste cause

d'usucapion ; on se ferait ainsi un titre à soi-même.

La tradition, que nous supposons faite par l'adversaire en conséquence du serment prêté, ne peut rien changer à la situation, car en la faisant il n'a ni l'intention de vous transférer la propriété ni celle de reconnaître votre droit; s'il livre la chose, c'est pour éviter une condamnation certaine. Nous ne trouvons pas ici, comme au cas du titre *pro judicato,* dans l'erreur du juge la justification de l'erreur du demandeur et par conséquent la justification de sa bonne foi. Par conséquent c'est le serment lui seul qui constituerait votre juste titre. Or Huschke reconnaît que, par lui-même, il ne saurait avoir cet effet.

Ces raisons militent aussi contre l'opinion de Maynz, § 199, note 51, *d*, d'après lequel celui qui est en possession d'une chose ensuite de pareil serment se trouve *in via usucapiendi*. S'il en était ainsi, il aurait la Publicienne contre tout le monde. Maynz avoue d'ailleurs que la loi 13, § 1, D., *De jurejurando*, 12, 2 (voyez ci-après n° 199) ne peut être invoquée à l'appui de sa doctrine.

Dirons-nous un mot de l'opinion de Sell, *Dingl. Rechte* t. I, p. 185 ? Le serment pourrait être une *justa causa usucapionis,* parce qu'il constitue une sorte de transaction. S'il en était ainsi, j'aurais la Publicienne contre tout le monde, et non pas seulement contre celui qui m'a déféré le serment.

199. — On rattache généralement à la L. 7, § 7, D., *h. t.*, un texte d'Ulpien, L. 13, § 1, D. *De jurejurando*, 12, 2.

Julianus ait, eum qui juravit fundum suum esse, post longi temporis præscriptionem etiam, utilem actionem habere debere.

Ce texte est fort obscur; il a donné lieu à beaucoup de systèmes. Faut-il s'en étonner lorsque nous voyons

Stéphane, l'un des compilateurs du Digeste, en ignorer le sens au point d'en proposer des interprétations contradictoires [94] ?

L'interprétation la plus vraisemblable me paraît être celle de Pothier, Pand. *De jurejurando*, 12, 2, n° 37 :

Le possesseur était en voie de prescrire par long temps. Le réclamant ayant juré que la chose était à lui, peut dès lors intenter l'action utile [95], même après l'accomplissement de la *longi temporis præscriptio*. En effet, les textes assimilent le serment à la *litiscontestatio*, notamment au point de vue de la perpétuation des actions temporaires [96] : or la litiscontestation interrompait la *præscriptio longi temporis* [97].

Cette interprétation est, avons-nous dit, la plus vrai-

94. Bas. XXII, 5, (t. II, p. 540) Schol. 4; nous donnons la traduction latine: (Stephani). *Hoc est, præter directam in rem, habet et utilem, seu in factum actionem. Directam enim in rem actionem habet, tanquam interrupto tempore per jurisjurandi dationem. Nam jusjurandum imitatur litiscontestationem et tempus interrumpit, uti Ulpianus jam supra docuit, dig.* 9, *hujus tituli. Hoc est post paratam tempore præscriptionem, quæ quidem currebat ei qui conventus est , bonæ fidei possessori existente , habet etiam directam in rem, quasi per litiscontestationem longo tempore interrupto, et cum ea utilem quoque actionem, scilicet actionem ex jurejurando in factum. Adversus eum duntaxat qui jusjurandum detulit, et cum ratione dicitur in Publiciana, lib.* 6, *tit.* 2, *Dig.* 7, *them.* 7.

Magis tamen est ut dicamus statim quidem eum habere actionem adversus eum qui jusjurandum detulit, post temporalem autem præscriptionem, quasi dominio usucapione jam quæsito, habere utilem in rem.

Dans cette dernière explication, qui commence au mot *magis*, Stéphane n'admet plus, comme au début, que le serment prêté ait interrompu la prescription du possesseur. Il y a contradiction.

95. J'entends par là l'action réelle dans laquelle le juge n'a qu'à constater le serment, c. a. d. la revendication ou la Publicienne rédigées comme il a été dit ci-dessus, n° 197. Pellat, p. 503, entend par là une action *efficace*. L'action sera efficace à coup sûr, mais tel n'est pas le sens de *utilis*.

96. L. 9, § 3, D., *De jurejur.* 12, 2. — L. 28, § 2, D., *De judiciis*, 5, 1.

97. L. 2, L. 10, C. *De Præscript. l. t.* 7, 33. M. Accarias, § 725, A, note 1, interprète ce texte ainsi : « si après mon serment, mon adversaire continue de posséder assez longtemps pour prescrire, la prescription ne me fera pas échouer sur l'action *de jurejurando*; car la *præscriptio longi temporis* ne peut être opposée avec succès qu'à une action *in rem.* » L'éminent auteur s'appuie, on le voit, sur le caractère d'action personnelle qu'il attribue dans tous les cas à l'action *de jurejurando*. Nous ne pouvons adopter ce système, puisque nous avons admis plus haut (texte et note 89 *ter*) avec Pellat que l'action donnée à celui qui a juré « *rem suam esse* » est une action réelle : selon nous, la revendication ou la Publicienne utile, donnée *de jurejurando*.

semblable, c'est la première de celles entre lesquelles hésitait Stéphane. Cependant elle traduit comme s'il y avait : « *etiam post longi temporis præscriptionem, utilem actionem habere debere* », tandis que le texte porte : « *post longi temporis præscriptionem etiam utilem actionem* »; le mot *etiam*, par sa place, paraît donc porter plutôt sur *actionem*, que sur *post* [97 bis]. Il semble qu'après la *longi temporis præscriptio*, le jureur acquière une action utile qu'il n'avait pas avant : c'est bien vers ce sens que penchaient de préférence les scholiastes des Basiliques.

Mais il n'est pas possible d'admettre cette interprétation. Car, avant toute prescription, le jureur a une action utile, l'action *in factum de jurejurando* : nul ne le conteste, on ne se divise que sur les caractères de cette action, mais il est certain qu'elle est *in factum* et par conséquent utile. Il faudrait donc, si l'on lisait le texte ainsi, que le jureur, après la *præscriptio longi temporis* acquît *une nouvelle action* utile, autre que l'action *in factum* précitée. Or, malgré de longs efforts, il nous a été impossible de conjecturer ce que pourrait bien être cette nouvelle action. Dans ces conditions l'interprétation du texte en question deviendrait une énigme dont nous abandonnerions la solution à de plus habiles, y renonçant pour notre part.

Reste à expliquer pourquoi le jurisconsulte parle ici de *longi temporis præscriptio* et non pas d'usucapion? D'abord le jurisconsulte a pu écrire *usucapionem* et les compilateurs auront, comme ils l'ont fait souvent, remplacé ce mot par : *longi temporis præscriptionem*. Alors le sens serait le suivant : Lorsque la litiscontestation a été faite avant l'accomplissement de l'usuca-

97 *bis*. Mais il nous paraît probable que si le jurisconsulte a écrit : « *post longi temporis præscriptionem etiam utilem actionem* » et non pas : « *etiam post l. t. præscriptionem utilem actionem* », c'est pour éviter la monotonie résultant de trois désinences en *em* se suivant sans intervalle.

pion, le défendeur, même s'il achève l'usucapion *inter moras litis*, doit être condamné. Le serment doit conserver tous ses effets, même si après sa prestation le défendeur a achevé d'usucaper.

Précisons les idées par un exemple : Secundus était en train d'usucaper le bien de Primus; celui-ci se disposait à revendiquer quand Secundus lui défère le serment : Primus alors jure *rem suam esse*. Cependant Secundus ne restitue pas et le délai d'usucapion s'achève. Primus n'en aura pas moins la revendication utile, *in factum*, *de jurejurando*, et Secundus ne serait pas recevable à dire qu'en résistant à cette action il ne va pas à l'encontre du serment prêté : « je ne conteste pas », pourrait-il dire, « que Primus fût propriétaire, *au moment où il a juré qu'il l'était*, mais depuis lors je le suis devenu à sa place, ayant achevé mon usucapion. » Mais ce serait là une subtilité dolosive qui n'empêchera pas Primus de réussir dans son action. Voilà, à nos yeux, l'explication la plus vraisemblable.

Que si le jurisconsulte a réellement écrit : *longi temporis præscriptio*, on peut dire que c'est peut-être parce que la *litiscontestatio*, et par suite le serment qui lui est assimilé, interrompent la *præscriptio longi temporis*, mais non pas l'usucapion?

On pourrait aussi proposer une autre interprétation qui se rapprocherait de celle de M. Accarias. Elle consisterait à voir dans le serment prêté un contrat réel innommé, *facio* (je jure) *ut facias* (pour que tu restitues) : l'action *utilis* que Julien donne alors, même après la *præscriptio longi temporis*, serait l'action *in factum* (et par conséquent *utilis*) que ce jurisconsulte donnait, pour sanctionner les contrats réels innommés, avant que l'action *præscriptis verbis* ne fût admise dans ces cas [98].

98. Voyez sur les interpolations des mots *præscriptis verbis*, après *actio in factum*, dans divers textes, mon *Résumé du Cours de droit romain*, t. II, p. 92 *in fine*, 93 et note 8.

Cette action étant personnelle échapperait à la *præscriptio longi temporis*. Nous ne citons d'ailleurs cette interprétation que pour passer en revue toutes celles qui seraient possibles. Nous estimons en effet que l'action donnée à celui qui a juré « *fundum suum esse* » est une action réelle, voyez ci-dessus nº 196.

Dans une autre opinion [99] le texte supposerait la revendication intentée contre un possesseur qui nie la propriété du demandeur et peut d'ailleurs opposer la *præscriptio longi temporis*. Au lieu d'opposer cette prescription (!), au lieu d'attendre au moins que le demandeur prouve sa propriété (!!), le défendeur lui défère le serment et le demandeur jure. Dès lors il a une action efficace.

Ce système est un tissu d'invraisemblances.

D'autres [100] pensent qu'il s'agit d'un possesseur qui, après avoir accompli la prescription de long temps, a été actionné en revendication par le propriétaire, et, sur la délation de celui-ci, a juré que la chose est à lui. Sa longue possession lui fournissait déjà une exception (*præscriptio*) pour repousser la revendication du propriétaire, son serment lui procurera une action utile, non *in rem*, mais *in factum* [101] s'il vient à perdre la possession, mais seulement contre celui qui lui a déféré le serment, s'il le trouve en possession.

« Cette explication, » dit Pellat auquel nous empruntons ce passage, « ne me paraît pas fondée. Le possesseur qui pouvait invoquer la *præscriptio longi temporis*, avait indubitablement une action réelle, ne fût-ce que l'action Publicienne, qui lui compétait déjà avant la prescription et que celle-ci a rendue efficace même

99. Savigny, t. VII, p. 68 et les auteurs anciens cités par Pellat, p. 503, note 3.

100. Faber, *Ration. ad* L. 13, § 1, *De jurejur.*

101. Remarque : l'un n'empêche pas l'autre, l'action peut être réelle et *in factum*.

contre le propriétaire. L'exception *justi dominii* que ce dernier opposerait serait brisée par la réplique *longi temporis*, arg. L. 8, pr. C. *De præscr. triginta*, 7, 39. L'action beaucoup plus bornée que lui procurerait le serment aurait donc peu d'intérêt pour lui. »

Quelques auteurs [102] pensent que si le jureur possède pendant le temps requis pour prescrire, il aura dès lors une action réelle utile contre tout possesseur.

Cela revient à dire que le serment est un juste titre pour la prescription, idée réfutée plus haut.

Pour les auteurs qui l'admettent en considérant le serment comme une transaction, voyez plus haut, n° 198.

199 *bis*. — Avant d'abandonner le titre *pro jurejurando*, il est bon de noter le caractère tout à fait relatif que revêt ici le droit garanti par la Publicienne.

Le jureur a l'action contre celui qui lui a déféré le serment et les ayants-cause de celui-ci, postérieurs à la délation du serment, sans distinction entre les successeurs universels et ceux à titre particulier : *eosque qui in ejus locum successerunt* (L. 9, § 7, D. 12, 2; *supra* n° 195).

Aucune de ces personnes ne peut mettre en doute la véracité du serment prêté, par conséquent aucune d'elles ne peut dénier au jureur le droit d'intenter avec succès l'action publicienne ou la revendication, selon les cas, en un mot l'action sur laquelle le serment a été prêté.

A leur égard le jureur a donc la propriété prétorienne; il briserait par la réplique tirée du serment

102. Gluck, t. VIII, p. 374, 375, Bartole et Paul de Castro, cités par Pellat, p. 501, note 1. — Il faut ranger dans la même série Huschke, *op. cit.* note 105. Pour lui il s'agissait d'un fonds provincial, voilà pourquoi Julien parlait de *præscriptio longi temporis*. Il faut supposer encore que le jureur, ensuite de son serment, a obtenu tradition de son adversaire. Mais tout cela ne fait pas qu'il soit dans les conditions requises pour usucaper ou pour prescrire par long temps: voy. plus haut, n° 198.

l'exception *justi dominii*, ou celle d'une Publicienne égale qu'ils tenteraient de lui opposer.

Pour lui résister, il faudrait que les ayants-cause de son adversaire eussent usucapé, ou prescrit par long temps, car alors ils n'auraient pas besoin de contester que le jureur fût propriétaire bonitaire au jour de son serment; ils pourraient fort bien le lui concéder, car cela ne les empêcherait pas d'être devenus ultérieurement par l'usucapion, ou par la *præscriptio longi temporis*, propriétaires quiritaires ou bonitaires. La seule chose qu'ils ne puissent révoquer en doute, en tant qu'ayants-cause de celui qui a déféré le serment, c'est la véracité de ce serment.

Le caractère relatif de la propriété prétorienne arrive ici à son maximum d'intensité.

D'habitude, l'acquéreur de bonne foi a un droit opposable à tous, sauf au vrai propriétaire ou à certains autres possesseurs de bonne foi, savoir ceux qui ont acquis avant lui du même *non dominus* et ceux qui ayant acquis d'un autre ont l'avantage de la possession actuelle (voyez *infra* Chapitre XVII).

Ici, au contraire, le jureur n'acquiert par son serment la propriété prétorienne vis-à-vis de personne, sauf son adversaire et les ayants-cause de celui-ci.

Section XII. — *Du titre pro herede.*

200. — Pourquoi celui qui usucape *pro herede* n'a-t-il pas la Publicienne s'il perd la possession avant l'achèvement de l'usucapion? 1° Cas de l'héritier apparent. Utilité que cette action aurait même pour l'héritier véritable. — 201. 2° Cas de l'héritier véritable qui usucape *pro herede* des choses qu'il croit héréditaires et que le défunt ne possédait pas. — Le motif du refus de la Publicienne consiste en ce qu'ici il n'y a ni tradition ni acte équipollent ; l'idée même d'une tradition possible est exclue, car il ne peut y avoir de *tradens*. Or le texte de l'Edit exige la tradition. — 202. 3° S'il s'agit de choses que le défunt possédait, l'héritier aura la Publicienne si le défunt l'avait.

200. — Aucun texte ne permet d'affirmer que la Pu-

blicienne ait jamais été employée pour protéger celui qui a perdu la possession d'une chose qu'il était en train d'usucaper au titre *pro herede*. Cependant l'étroite connexité de la Publicienne et de l'usucapion semblerait, *a priori*, mener à une autre conclusion. Dans les cas où l'on usucape *pro herede*, pourquoi ne protègerait-on pas, par la Publicienne celui qui se trouve *in via usucapiendi*? Question d'autant plus malaisée à résoudre qu'elle a été négligée par les auteurs que nous avons pu consulter.

1° Et d'abord supposons qu'il s'agisse de biens faisant réellement partie de la succession. Un héritier apparent en prend possession, de bonne ou de mauvaise foi, peu importe. Primitivement, on le sait, il usucapait *pro herede* l'hérédité elle-même, le titre d'héritier. (G., II, § 52-56; Cic., *De leg.* II, 19 et 20).

La Publicienne aurait-elle pu le protéger si, avant qu'il n'eût accompli le délai requis, il avait perdu la possession d'une des choses héréditaires?

Je ne le pense pas.

Il ne peut pas en effet se présenter comme étant en train d'usucaper l'immeuble qu'il réclame; ce qu'il usucape à cette époque, ce n'est pas tel ou tel bien déterminé, mais le *nomen heredis*, la qualité d'héritier. Telle était encore la situation au temps de Cicéron [103].

On pourrait ajouter qu'à cette époque la Publicienne ne protégeait peut-être encore que l'*acheteur*. L'une ou l'autre de ces deux raisons suffirait donc à expliquer pourquoi la Publicienne ne s'appliquait point ici. Nous verrons qu'il en existe encore une autre qui est probablement la véritable.

Un peu plus tard, au temps de Sénèque [104], on n'admit plus que l'hérédité, chose incorporelle, pût être usu-

103. Cic. *Ad Atticum*, 5.
104. Senèque, *De benef.*, VI, 5. Voy. aussi Gaius, II, § 54 *in fine*.

capée; l'usucapion *pro herede* s'appliqua alors aux biens corporels, meubles ou immeubles, compris dans la succession; l'ancien délai d'un an fut d'ailleurs conservé, par habitude, même pour les biens immobiliers. Pourquoi la Publicienne ne se serait-elle pas appliquée alors? La première des deux raisons invoquées plus haut disparaît, et, quant à la seconde elle ne tarde pas à s'effacer aussi par suite des extensions de la Publicienne.

Lorsqu'un légataire *per vindicationem*, qui s'est mis de lui-même en possession non vicieuse de la chose léguée, jouit de notre action, pourquoi un héritier apparent, qu'on peut si l'on veut, supposer de très bonne foi, (par exemple l'héritier *ab intestat* lorsqu'on ignore que le *de cujus* a fait un testament) n'aurait-il pas le même avantage?

Notre action serait d'ailleurs extrêmement précieuse pour l'héritier véritable lui-même. Si avant l'expiration de la première année depuis qu'il a pris possession des biens du défunt, il vient à être dépossédé, la revendication et la Publicienne que pouvait avoir le défunt et dont il a hérité, seront souvent entre ses mains des armes émoussées par la difficulté de la preuve. Il peut ignorer comment son auteur a acquis le bien en question, et se trouver par suite impuissant à prouver que le défunt en était propriétaire ou possesseur publicien. Lui attribuer la Publicienne au titre *pro herede*, pourrait-on dire, ç'aurait été lui accorder un secours précieux et d'ailleurs justifié par les principes!

En étudiant le second et le troisième cas, nous verrons que la situation de l'héritier n'est pas aussi mauvaise qu'on pourrait le croire et nous indiquerons les raisons du refus probable de la Publicienne.

201. — 2° Supposons en second lieu que l'héritier véritable ait pris possession d'objets qui ne faisaient

point partie de la succession et que le défunt n'avait pas possédés.

Pomponius décide que si j'étais de bonne foi, c'est-à-dire sans doute si j'avais des raisons plausibles de croire qu'ils appartenaient au défunt, je pourrai les usucaper. Tel avait été du moins l'avis de la majorité des jurisconsultes [105].

Puisque j'usucape, pourquoi ne me donne-t-on pas la Publicienne ? Dépouillé de ces objets, ne puis-je pas dire à mon adversaire : « en supposant que ce bien n'appartînt pas au défunt, j'en ai pris possession en le croyant, je suis donc tout au moins *in via usucapiendi*, j'ai droit à la Publicienne tout aussi bien, ce semble, que le légataire qui a pris possession de la chose léguée *per vindicationem ?* »

M'imposer la preuve que le défunt était propriétaire ou avait la Publicienne, c'est me mettre dans une situation très difficile. Si le défunt était là, il pourrait dire comment il a acquis, pour moi je ne le puis pas ; qu'importe au surplus, puisqu'en mettant les choses au pis, en supposant que le *de cujus* n'avait ni droit ni préten-

105. L. 3, D., *Pro herede*, 41, 5 : *Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quæ non sit, posse me usucapere.* Est-ce au titre *pro herede*, ou au titre *pro suo ?* Le premier serait plus avantageux pour les immeubles, puisque le délai d'un an suffirait, et nous croyons qu'on usucapait en effet au titre *pro herede*. D'abord les compilateurs le pensaient, puisqu'ils ont mis ce fragment sous la rubrique « *Pro herede* » et non sous celle « *Pro suo* ». En second lieu, pourquoi Pomponius suppose-t-il qu'il s'agit de l'héritier véritable, si ce n'est pour exiger l'existence réelle d'un titre spécial, le titre *pro herede ?* Si l'on avait usucapé ici au titre *pro suo* il aurait suffi sans doute d'avoir des raisons plausibles de se croire héritier (*contra* Accarias, 4e éd. t. I, p. 615, note 4 et 594, note 1). Le cas prévu ici est analogue à celui de la L. 2, § 6, D. *Pro emptore*, 41, 4, où Paul après avoir dit qu'on ne peut usucaper *pro emptore* l'esclave Dama qui vous est livré par erreur alors qu'on a acheté l'esclave Stichus, ajoute : *sed si fundus emptus sit et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi, quoniam universitas ejus possideatur, non singulæ partes.* Ces parcelles, auxquelles le titre ne s'appliquait pas, sont donc usucapées *pro emptore* : l'antithèse entre les deux parties du texte et aussi le motif donné par Paul le prouvent. Eh bien, dans le cas de succession, l'héritier en prenant des objets qui ne faisaient pas partie de l'hérédité, a aussi possédé une succession *plus ample* qu'elle ne l'était réellement!

tion sur ce bien, je suis, vu ma bonne foi, en train de l'usucaper?

Ce raisonnement semble concluant. Pourtant, plus il eût été utile de donner la Publicienne dans ce cas, plus ce devait être un cas fréquent, et plus le silence des textes devient significatif. Reste à trouver la raison du refus de la Publicienne.

Ce motif, nous croyons qu'il faut le chercher surtout dans la rédaction de l'Edit. Le préteur exige la tradition. Sans doute une prise de possession accomplie sur l'ordre du préteur y sera assimilée (voyez plus haut n[os] 157, 174) et c'est justice, l'envoyé en possession doit avoir autant de droits que si son adversaire avait fait son devoir en lui remettant la chose sur l'ordre du magistrat; sans doute aussi on assimilera à la tradition le cas du légataire *per vindicationem* qui prend possession de son chef, car on doit supposer que l'héritier y a après coup consenti : la preuve, c'est que cet héritier n'a pas usé de l'interdit *Quorum bonorum* par lequel il aurait pu enlever la possession au légataire. En assimilant la prise de possession sans vices du légataire à une tradition qu'il aurait reçue, on atteint les dernières limites de l'interprétation extensive, mais enfin on ne les dépasse point.

Dans le cas d'héritage, au contraire, il n'y a pas moyen d'assimiler à une tradition le fait de l'héritier qui prend possession. Non seulement il n'y a pas de *tradens*, mais il ne peut pas y en avoir. Je ne puis ici m'adresser à personne pour me remettre les choses héréditaires. Tel est, croyons-nous, le motif principal du refus de la Publicienne. S'il est exact, il nous mènera aux conséquences suivantes :

Héritier de Primus je revendique contre un tiers détenteur un bien que je croyais appartenir au défunt. Je fais partager mon erreur au juge qui me donne

gain de cause, et le défendeur, obéissant à l'*arbitrium*, me livre l'objet réclamé. J'aurai certainement la Publicienne aux termes de la L. 3, § 1 *in fine*, D. *h. t.* [106]. Ce texte est très favorable à l'opinion que nous soutenons et qui voit dans le défaut de tradition le motif du refus de la Publicienne à celui qui usucape *pro herede*. Si la Publicienne est donnée dans le cas du texte cité, c'est que nous y trouvons une tradition. Il en serait de même si j'avais intenté la pétition d'hérédité contre le défendeur, parce qu'il se prétendait lui-même héritier : le texte ne distingue pas. Mais allons plus loin : supposons que sur la simple menace d'une revendication, le défendeur m'ait remis l'objet en litige. Nous avons vu (ci-dessus, n° 189) que j'aurais la Publicienne ; ici en effet j'ai reçu tradition, les exigences de l'Edit sont satisfaites. Tout cela concourt à prouver que si aucun texte ne donne la Publicienne au titre *pro herede*, cela tient au défaut de tradition ou de fait assimilable à la tradition, puisque, dès que nous faisons intervenir une tradition, nous voyons la Publicienne devenir recevable, même en faveur de notre possesseur *pro herede*.

202. — 3° Supposons enfin qu'il s'agisse d'une chose qui se trouvait aux mains du défunt. Ici, pour justifier le refus de la Publicienne nous n'aurons pas, le plus souvent, besoin d'invoquer le défaut de tradition. L'héritier, s'il peut prouver que son auteur remplissait les conditions voulues pour la Publicienne, hérite de cette action comme de toutes celles qui sont transmissibles, et l'exerce au même titre que le défunt l'aurait pu faire.

Que s'il est démontré que le *de cujus* était de mauvaise foi, qu'il possédait *vi*, *clam*, ou *precario*, son successeur hérite des vices de sa possession et n'est pas

106. *Item si res ex causa judicati sit tradita.* Voy. plus haut nos 187 et s.

plus que lui *in via usucapiendi*, quelle que soit d'ailleurs sa bonne foi personnelle. C'est là un point indubitable [107].

Mais la question devient embarrassante lorsqu'on ne prouve point que la possession du défunt fût entachée d'un vice; nous supposons d'ailleurs que l'héritier ne puisse indiquer le titre de son auteur. Plus l'acquisition sera ancienne, et plus il sera difficile à cet héritier de remonter aux sources; peut-être le bien en question était-il dans la famille du défunt depuis plusieurs générations! Si nous disons que l'héritier actuel ne peut usucaper s'il ne prouve le juste titre de son auteur, il faudra faire le même raisonnement pour cet auteur lui-même, qui hérita jadis de ce bien. Rien ne prouvant que son prédécesseur eût un juste titre, on ne saurait affirmer qu'il ait usucapé. On tomberait ainsi dans l'absurde, car alors, plus une propriété serait ancienne dans une famille, et moins elle serait protégée! Cela n'est pas possible.

Comment faut-il donc concilier le bon sens avec les textes d'après lesquels, semble-t-il, sans juste titre chez le défunt, point d'usucapion chez l'héritier [108 et 109]? De la manière la plus simple.

D'abord, au point de vue de la revendication, une possession immémoriale constitue, indépendamment de toute usucapion, une présomption de propriété véritablement irréfragable.

En second lieu, il faut admettre qu'il suffira à l'héritier de prouver chez son auteur une possession *animo*

107. L. 11, D., *De div. temp. præs.*, 44, 3. — J., II, 6, § 12. — L. 11, § 2, D., *h. t.* : *vitiorum defuncti successor est*.

108 et 109. L. 4, D., *Pro herede*, 7, 29 : *Usucapio, non præcedente vero titulo, procedere non potest : nec prodesse neque tenenti, neque heredi ejus potest ; nec obtentu velut ex hereditate esset, quod alienum fuit, dominii intentio ullo temporis longi spatio absumitur.* — L. 4, C. *De præsc. longi temp.*, 7, 33 : *Diutina possessio tantum jure successionis sine justo titulo obtenta, prodesse ad præscriptionem hac sola ratione non potest.*

domini paisible et publique, pour qu'on doive dès lors présumer que cet auteur avait un juste titre; le tout bien entendu, sauf la preuve contraire. On ne saurait demander à un héritier de connaître toujours parfaitement l'origine des biens compris dans la succession.

L'héritier prouvera donc que son auteur possédait *pro suo* et pourra être dispensé, si les circonstances du fait excusent son ignorance, de préciser davantage le titre de son auteur. Si l'auteur possédait *pro suo,* il usucapait, et, s'il ne s'est pas écoulé encore assez de temps pour accomplir cette usucapion et assurer la revendication à l'héritier, alors il continue l'usucapion commencée par le défunt, il est *in via usucapiendi,* il a, par conséquent, la Publicienne.

L'usucapion est une institution assez flexible pour se prêter aux exigences de la pratique, car ses conditions ont été fixées par la coutume bien plus que par la loi écrite.

Dans ces conditions, je crois que l'héritier pourrait invoquer la Publicienne de son auteur en prouvant seulement que celui-ci avait la possession, si cette possession n'est pas démontrée vicieuse. Elle sera alors censée, jusqu'à preuve contraire, une possession *ex justa causa*, utile pour la Publicienne.

Mais, de son propre chef, l'héritier ne saurait avoir droit à cette action. L'usucapion qu'il est en voie d'accomplir, est une usucapion *pro herede*, que les mœurs commencent à réprouver, et dont par conséquent le préteur ne tient pas à faciliter l'accomplissement.

SECTION XIII. — *Du titre pro suo.*

203. — Cas où le titre *pro suo* forme un titre particulier : occupation, *datio dotis* avant le mariage, cas de titre imaginaire, etc.

203. — Nous nous sommes déjà expliqués sur ce titre au Chapitre XIV, note 10 *in fine*. Nous avons vu que, dans l'opinion isolée de Paul, on possédait à ce titre les produits des choses possédées en vertu d'une *justa causa* quelconque. Nous savons aussi la conséquence qu'il tirait de cette idée, et qui était contredite par d'autres jurisconsultes, dont l'opinion doit être suivie, puisqu'elle est celle de la majorité.

Le titre *pro suo* se confond généralement avec un autre titre (L. 1 pr. D. *Pro suo*, 41, 10). Il n'y a donc qu'à dire quelques mots des hypothèses où il pourra constituer un titre spécial.

Nous en avons vu une à la fin du nº précédent, une autre au nº 189.

Paul, L. 2, D. *Pro suo*, 41, 10, cite encore le cas d'occupation appliquée aux animaux sauvages. Dans ce cas, pour concevoir l'usucapion, il faut supposer que je me sois emparé d'un animal domestique, que j'ai cru sauvage. L'usucapion nous semble admissible, et par conséquent la Publicienne le serait aussi.

On sait que le fiancé usucape *pro suo*, dès avant le mariage, les objets non estimés dont on lui a fait tradition, pourvu que ce ne soit pas sous condition suspensive. L. 1, § 2, D. *Pro dote*, 41, 9, Frag. Vat. § 111.

Toutes les conditions de la Publicienne se trouvant ici réunies, même la tradition, l'action serait admissible sans difficulté.

Lorsque le titre est absolument imaginaire, l'usucapion pourra aussi procéder au titre *pro suo* [110], et la Publicienne serait recevable, comme par exemple dans l'hypothèse du texte cité en note.

Faut-il joindre à cette liste le cas de la L. 4, § 1, D. *Pro suo?* Un père, a de son vivant, partagé ses biens entre ses fils soumis à sa puissance. Ce partage est nul. Mais les enfants, après la mort du père, conviennent de s'y tenir, ils usucaperont *pro suo*, dit le texte, les *res alienæ quæ in bonis patris inveniuntur*. On peut dire qu'il y a lieu ici au titre *pro permutatione*, si l'on en fait un titre spécial; les enfants étaient déjà en possession de leurs parts, ils se sont fait réciproquement une tradition *brevi manu* en ratifiant l'acte du père. Le titre *pro suo* se confond donc ici avec un autre titre. D'ailleurs il n'y a pas d'intérêt pratique.

Section XIV.

Du cas où l'on perd la possession d'une chose que l'on était en train d'usucaper, et où l'on recouvre ensuite la possession de cette chose.

204. — A quel titre usucape-t-on alors? Distinctions. — 205. On recommence alors, si l'on est de bonne foi, une nouvelle usucapion, mais l'on peut parfois profiter de la possession du possesseur intermédiaire, parfois même relier cette dernière à sa propre possession antérieure, en sorte qu'il n'y aura eu aucune interruption. — 206. Mais, si l'on n'est plus de bonne foi, on ne peut plus usucaper. — 207. *Quid* du cas où l'on reprendrait la possession par le moyen de l'interdit *uti possidetis?* Cet interdit peut en effet faire recouvrer parfois une possession perdue. Discussion de cette question préliminaire. — 208. C'est seulement au point de vue de l'interdit *uti possidetis*, et vis-à-vis de l'expulseur, que l'expulsé est censé posséder encore. Mais, au point de l'usucapion, rien ne peut faire que sa possession n'ait pas été interrompue. —

110. L. 4, § 2, D., *Pro suo*, 41, 10 : *Quod legatum non sit, ab herede tamen perperam traditum sit, placet a legatario usucapi, quia pro suo possidet.* On a cru à un legs *per vind.*, sans cela il y aurait lieu au titre *pro soluto*, voy. plus haut n° 172. Malgré l'absence totale de titre, la bonne foi du légataire est justifiée par la tradition que lui fait l'héritier, intéressé à ne pas se tromper.

Discussion. — 209. Si le possesseur *in via usucapiendi*, et ayant par conséquent la Publicienne, perd la possession et la recouvre, même par cette action, alors que sa bonne foi a cessé, il ne peut plus, en cas de nouvelle dépossession, intenter la Publicienne. Réfutation du système de Pellat. — Explication de la L. 39, § 1, D., *De evict.*, 21, 2. — 210. Indemnités qu'il peut alors réclamer à celui qui, en le dépossédant, lui a ainsi fait perdre ses chances d'usucapion.

204. — Lorsque l'on perd la possession d'une chose que l'on était en train d'usucaper, et que l'on recouvre ensuite la possession de cette chose, à quel titre pourra-t-on recommencer à l'usucaper?

Il faut distinguer :

Si la reprise de possession a lieu en vertu d'un ordre du juge à la suite d'une action en revendication ou d'une Publicienne, nous avons vu ci-dessus n° 188 que l'on possédera au titre *pro judicato*.

Si la remise nous est faite par l'adversaire acquiesçant à notre prétention, sans attendre le procès, ainsi que nous l'avons vu au n° 189, on usucape au titre *pro suo*. Dans ces cas il y a un nouveau titre d'usucapion.

Mais, si la reprise de possession est toute spontanée, il n'y a évidemment aucun nouveau titre, et par conséquent, si l'usucapion recommence à courir, ce ne pourra être qu'en vertu du titre ancien, du titre qu'avait l'*usucapiens* quand il a été dépossédé.

Par exemple, si, possédant à titre de donataire, je suis victime d'un vol, puis que je parvienne à reprendre possession de la chose, n'est-il pas clair qu'il n'y aura alors aucune interversion de titre et que je recommencerai à usucaper au titre *pro donato*, titre dans lequel la bonne foi était, à l'époque classique, exigée pendant toute la durée de la possession, comme nous l'avons vu *supra* n° 182.

205. — Si l'on est de bonne foi au moment où l'on reprend possession, il n'y a point de difficulté ; on commence alors une nouvelle usucapion, mais le temps de

l'ancienne possession ne peut compter, l'usucapion a été interrompue, elle est donc à recommencer.

Toutefois, dans certains cas on pourra joindre à sa possession nouvelle celle du possesseur intermédiaire.

Par exemple j'intente une action pour recouvrer la chose, je gagne mon procès, et, sur l'ordre du juge, le défendeur me la restitue; je pourrai joindre à ma possession nouvelle, si elle est utile [111], la possession du défendeur [112].

Il peut même arriver que je sois en mesure de relier la possession du possesseur intermédiaire, non seulement à ma possession nouvelle, mais encore à celle que j'avais eue avant lui.

Par exemple, étant possesseur de bonne foi d'un esclave, je l'ai vendu en faisant insérer au contrat la clause résolutoire connue sous le nom de *lex commissoria*, et par laquelle il est convenu que la vente sera résolue si l'acheteur ne paie pas le prix dans un certain délai. L'acheteur, ne pouvant payer, me rend l'esclave; si je suis toujours de bonne foi, je recommence à usucaper; alors je puis compter, non seulement ma possession actuelle, mais encore celle de mon acheteur, et de plus ma possession antérieure à la vente.

Il en serait de même dans le cas où l'acheteur aurait résilié la vente à raison d'un vice rédhibitoire.

Dans ces deux hypothèses, en effet, il y a un lien juridique entre chaque possession et la suivante [113].

111. L. 13, §§ 12, 13, D., *De adq. pos.*, 41. 2.

112. L. 13, § 9, *eod. : Si jussu judicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit.*

113. L. 6, § 1, D., *De div. temp. præsc.*. 44, 3 : *Vendidi tibi servum et convenit, ut nisi certa die pecunia soluta esset, inemptus esset ; quod quum evenerit, quæsitum est quid de accessione tui temporis putares? Respondit : id quod servetur, cum redhibitio sit facta, tunc enim perinde haberi ac si retrorsus homo mihi venisset, ut scilicet si venditor possessionem postea nactus sit, et hoc ipsum tempus, et quod venditionem præcesserit, et amplius accessio hæc ei detur cum eo, quod apud eum fuit, a quo homo redhibitus sit.*

206. — Mais si, au moment où le possesseur *in via usucapiendi*, qui a perdu la possession d'une manière quelconque, reprend cette possession, si à ce moment, disons-nous, il n'est plus de bonne foi, il ne pourra plus usucaper; les textes le décident de la façon la plus nette [114].

Ainsi, expulsé par violence, je recouvre la possession au moyen de l'interdit *Unde vi;* si ma bonne foi a cessé, je n'usucaperai plus. Rien de plus naturel; la loi veut un an ou deux ans de possession *continue*, et la bonne foi est exigée au début de cette possession [115].

207. — M. Accarias, t. II, §§ 966, 972; t. I, § 237, 4e éd. p. 600, n° 1, enseigne qu'il en serait autrement si le *dejectus* avait recouvré la possession par l'interdit *Uti possidetis.*

114. L. 15, § 2, D., *De usurp.*, 41, 3, Paul : *Si quis bona fide possidens, ante usucapionem amissa possessione cognoverit esse rem alienam, et iterum nanciscatur possessionem, non capiet usu, quia initium secundæ possessionis vitiosum est.*

L. 7, § 4, D., *Pro emptore*, 41, 4, Julien : *Qui bona fide alienum fundum emit et possessionem ejus amisit, deinde eo tempore adprehendisset quo scit rem alienam esse, non capiet longo tempore, quia initium secundæ possessionis vitio non carebit. Nec* DISSIMILIS *est ei qui emptionis quidem tempore putat fundum vendentis esse, sed cum traditur scit alienum esse : cum enim semel amissa fuerit possessio, initium rursus reciperatæ possessionis spectari oportet.*

Quare si eo tempore redhibeatur homo, quo EMPTOR *scit alienum esse, usucapio non contingit, quamvis antequam venderet in ea causa fuerit ut usucaperet. Idem juris est in eo qui de fundo dejectus, possessionem per interdictum reciperavit, sciens jam alienum esse.*

Ce texte appelle quelques observations. Nous lisons : *dissimilis*, et non pas comme la Florentine : *similis*, qui serait inexplicable. La leçon *dissimilis*, imposée par le sens, est d'ailleurs celle de la Vulgate et de beaucoup de manuscrits ; les Basiliques (50, 4, 6, *Anon.*) ont lu *dissimilis*. Ce point est généralement admis.

Quant au mot *emptor*, il se comprend facilement ; il s'entend non pas de celui qui a acheté en second lieu, et qui résilie son achat pour vice rédhibitoire, mais du *bonæ fidei emptor* du commencement du texte, lequel a revendu, et voit résilier cette dernière vente. Il est donc non seulement inutile, mais encore fautif, de corriger le texte sur ce point.

115. Le *dejectus* pourra d'ailleurs faire condamner le *dejiciens* à raison du préjudice qu'il éprouve par suite de l'impossibilité où il est d'usucaper désormais. S'il n'eût pas été expulsé, il eût pu usucaper quoiqu'il fût devenu de mauvaise foi. Les textes nous disent en effet : *Qui vi dejectus est, quidquid damni senserit ob hoc quod dejectus est, reciperare debet.* L. 1, § 31 et 41, D., *De vi*, 43, 16. Voyez *infra* n° 210.

Pour cela, il faut tout d'abord admettre que cet interdit pouvait servir à recouvrer une possession perdue.

Nous serions portés à l'admettre en effet, mais pour d'autres raisons que celles qu'on donne généralement.

Les textes (J., IV, 15, § 4, G., IV, § 150, L. 1, § 9 D., *Uti possidetis*, 43, 17) montrent bien qu'une possession vicieuse *ab adversario* ne profite point, et ne saurait donner la victoire à la partie dont la possession est violente, clandestine ou précaire à l'égard de l'adversaire. Mais ils ne nous disent pas que l'autre partie, le *dejectus* par exemple, triomphera pour cela.

Ne perdons pas de vue une particularité de la procédure de ces interdits, qui nous a été révélée par ce que Studemund a pu lire dans le § 169 du Commentaire IV de Gaius.

Après l'interdit rendu, *les parties se faisaient réciproquement une violence simulée* [115 bis]; cela était nécessaire à l'organisation subséquente des *Sponsiones* (Gaius, IV, § 169, ed. Studemund, *verbis* : « VELUTI QUI VIM NON FACIAT » et « CETERA EX INTERDICTO FACERE NOLEBANT, ATQUE OB ID RES NON POTERAT EXPEDIRI »).

Après cette violence simulée, elles pouvaient se provoquer par des *sponsiones* :

Spondes ne mihi dare.... si adversus Edictum prætoris possidenti mihi vis facta sit?

De la sorte, si l'une des parties avait la possession non vicieuse de la chose au moment de l'interdit rendu, la violence simulée que l'autre partie lui a faite aura été une violence faite à un *possesseur*, et contrairement à l'Edit.

(115. *bis*) Sur cette violence simulée, voyez Exner, *Die imaginære Gewalt in altrœmischen Besitzstœrungsverfahren*, dans la *Zeitschrift der Savigny Stiftung* VIII, 1, *rom. Abt.*, 1887, p. 167-195.

Dans ces conditions, voyons ce qui devrait se passer au cas où *Primus* ayant été violemment expulsé par *Secundus* réclame la reddition de l'interdit *Uti possidetis*.

L'interdit est rendu, une violence simulée et réciproque est faite, la possession provisoire adjugée au plus fort enchérisseur [116], enfin chacune des parties stipule de l'autre : « Promets-tu de me payer tant, si tu m'as fait violence contre l'Edit, alors que je possédais ? » (*Sponsio*).

Chacune des parties stipule aussi inversement : « Promets-tu de me payer tant si je ne t'ai pas fait violence contre l'Edit, alors que tu possédais ? » (*Restipulatio.*)

Que devra décider le juge ? — Raisonnons :

Primus (le *dejectus*), il est vrai, a, depuis l'interdit, fait violence (la violence simulée) à Secundus (*le dejiciens*), alors que ce dernier possédait, mais cette violence n'est pas contraire à l'Edit, car la possession de *Secundus* était vicieuse à l'égard de Primus [117]. Par conséquent *Primus* sera absous sur la formule de la *sponsio* qu'il a faite au profit de *Secundus*.

Mais *Secundus* lui, sera aussi absous, car, comme Primus, le *dejectus*, n'avait pas la possession, la violence (simulée) de Secundus ne s'est pas adressée *à un possesseur* [118].

De la sorte les parties seraient renvoyées dos à dos et la possession resterait à celui qui aurait obtenu l'avantage dans la *fructus licitatio*. L'autre partie devrait alors se porter demanderesse en revendication, et prendre à sa charge le fardeau de la preuve.

116. A celui qui promet (avec des cautions) de payer à l'adversaire la plus forte somme en cas de perte du procès. Cette attribution s'appelait *fructus licitatio*, G., IV, § 166.

117. G. IV, § 154 : *Qui a me vi, aut clam, aut precario possidet, impune dejici potest*. P. V, 6, § 7.

118. Les deux plaideurs seraient tous les deux condamnés sur la formule de leurs restipulations, puisque ni l'un ni l'autre n'a fait la violence (simulée) contrairement à l'Edit, à un adversaire possédant. Mais ces deux condamnations égales se neutralisent.

Ce résultat, logiquement inévitable, blesse l'équité et ne correspond point aux intentions du préteur; le possesseur violent, s'il est plus riche que son adversaire, l'emportera dans les enchères de la *fructus licitatio* et se procurera ainsi les avantages de la situation de défendeur dans la revendication!

Le préteur cependant, en insérant dans l'Edit les mots: *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*, a manifesté l'intention de n'attribuer, *en aucun cas*, à une possession vicieuse, les avantages de la situation de défendeur dans la revendication; par conséquent il doit importer peu que le possesseur violent l'ait emporté ou non dans la *fructus licitatio*.

Pour se tirer de cette difficulté, les Romains, par une saine interprétation de l'Edit, ont admis qu'au point de vue de l'interdit *Uti possidetis*, et à celui-là seulement, le *dejectus* serait considéré comme possédant encore [119]. Au point de vue du préteur, il possède encore, puisque le préteur lui assure, par l'interdit *Undi vi*, le moyen de recouvrer la possession.

208. — Mais c'est seulement au point de vue de l'interdit *Uti possidetis*, au point de vue de l'interprétation de l'Edit qui promet cet interdit, que cette fiction est admise. Aussi le texte que nous venons de citer n'est-il pas extrait d'un livre où Ulpien traitait de l'usucapion, mais d'un de ses derniers livres sur l'Edit, dans lesquels il parlait des interdits et des exceptions [120].

119. L. 17, pr., D., *De adq. pos.* 41, 2 : *Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet ac si possideret, cum interdicto De vi recuperandæ possessionis facultatem habeat.* Cette fiction était-elle admise lorsque le délai d'une année pour intenter l'*Unde vi* était expiré ? On peut hésiter : le motif donné par le texte ferait pencher pour la négative : mais le préteur semble bien avoir eu l'intention de ne jamais permettre qu'on profitât, dans l'*Uti possidetis,* d'une possession vicieuse *: has enim possessiones non debere proficere palam est,* L. 1, § 9 *in fine*, D., *Uti pos.*, 43, 17. D'ailleurs il est juste que l'ancien possesseur expulsé, qui veut faire trancher la question de propriété, puisse s'assurer, à toute époque, vis-à-vis de l'expulseur, le rôle de défendeur à la revendication.

120. Les Florentines disent : *libro septuagensimo sexto ad Edictum.* A

Par conséquent, même en admettant que le *dejectus* triomphât dans l'interdit *Uti possidetis*, parce qu'on le considérait comme possédant encore, il n'en reste pas moins vrai qu'au point de vue de l'usucapion sa possession a été interrompue.

Le bon sens répugne à croire qu'il y aura eu interruption s'il intente l'interdit *Unde vi*, et qu'il n'y aura pas eu interruption s'il intente l'interdit *Uti possidetis!*

La question de savoir s'il est ou non devenu propriétaire par usucapion dépendrait alors de la procédure qu'il a suivie pour recouvrer la possession!

Allons plus loin : tout près d'usucaper, je me vois expulsé par violence de l'immeuble dont j'allais devenir propriétaire. Le délai qui restait à courir s'écoule. Ai-je usucapé?

Cela dépend :

Si j'intente l'interdit *Unde vi*, adieu l'usucapion!

Mais si j'ai recours à l'*Uti possidetis*, j'ai usucapé, je suis propriétaire, car je suis censé n'avoir point perdu la possession!

Voilà une usucapion conditionnelle bien singulière!

A cela l'on objecte [121] qu'on qualifie toujours les interdits *Uti possidetis* et *Utrubi* d'interdits *retinendæ possessionis*, et cela, même dans le cas où leur fonction réelle est plutôt de nous rendre la possession que de nous la conserver; on en conclut sans hésitation qu'ils ont pour résultat de faire réputer que l'usucapion n'a jamais été interrompue.

Mais on oublie que le but de ces interdits, leur but originaire et toujours principal, les textes insistent sur ce point [122], c'est de déterminer le rôle des parties

coup sûr Ulpien n'y parlait pas de l'usucapion. Aucun autre des treize fragments du même livre que nous avons au Digeste n'a trait à cette matière.

121. Accarias, t. I, quatrième édition, § 237, p. 600, note 2. Voy. aussi, § 972.

122. J., IV, 15, § 4; G., IV, § 148; L. 1, § 3, D., *Uti possidetis*, 43, 17.

dans l'instance en revendication dont ils sont le préambule ; ils sont toujours *retinendæ possessionis*, en ce sens qu'ils ont toujours pour résultat de *maintenir* au gagnant le rôle de *possessor*, c. a. d. de défendeur à la revendication. Il avait droit à ce rôle de *défendeur* puisqu'il possédait antérieurement, il ne doit pas le perdre par suite d'une usurpation violente de son adversaire, ou d'une manière générale lorsque cet adversaire a acquis la possession d'une manière vicieuse à son égard.

D'ailleurs les textes proclament sans distinction que le *dejectus* voit toujours son usucapion interrompue par le fait de son expulsion violente [123].

Enfin, le système contraire mènerait à un résultat inadmissible. En effet, lors même que la possession de l'usurpateur violent aurait duré fort longtemps [124],

123. L. 5, D., *De usurp.*, 41, 3 : Gaius, dans le livre où il traitait de l'usucapion (*lib.* 21 *ad Ed.prov.* ; comp. L. 1, *eod.*), insiste sur l'idée qu'il n'y a point de distinctions à faire; L. 5 : *Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi dejicitur vel alicui res eripitur; quo casu non adversus eum tantum qui eripit, interrumpitur possessio,* SED ADVERSUS OMNES. *Nec eo casu quicquam interest, is qui usurpaverit dominus sit necne; ac ne illud quidem interest pro suo quisque possideat an ex lucrativa causa.* — Voy. aussi L. 15, § 2, *eod.* et L. 7, § 4, D., *Pro emptore*, 41, 4, que nous avons transcrites plus haut, note 114. Non seulement ces textes posent d'une manière absolue le principe de l'interruption naturelle, mais encore le dernier, prévoyant l'hypothèse d'une *dejectio*, dit : *Item juris est in eo qui de fundo dejectus, possessionem per interdictum reciperavit*, sans distinguer *par quel interdit* il recouvre la possession, donc même si c'est par l'*Uti possidetis*.

124. On ne voit pas qu'aucun délai soit imparti au dépossédé pour user de l'interdit *Uti possidetis* (comp. Accarias, t. 2, § 958, 2° *in fine*). Le « *intra annum agere permittam*, » du préteur (L. 1, pr. D. 43, 17) ne peut évidemment s'appliquer qu'à la procédure des *sponsiones* etc. qui suit la reddition de l'interdit. Cette procédure devait être entamée dans l'année après l'interdit rendu. La défense du préteur ne peut avoir de force que pendant une année. C'est là l'idée qui explique l'annalité de beaucoup d'actions prétoriennes, J., IV, 12, pr.: *Nam et ipsius prætoris intra annum erat imperium.* D'ailleurs la défense de faire violence au possesseur ne peut matériellement pas s'appliquer à une violence passée, mais seulement à une violence *future*, c. à d. *à la violence simulée* que les parties se feront réciproquement après l'interdit rendu, et qui leur permettra ensuite de se provoquer par des *sponsiones*, ainsi que nous l'avons vu plus haut. La question à résoudre sera alors celle de savoir si l'un des deux plaideurs a, par cette violence simulée, contrevenu à l'ordre du préteur. Cela explique pourquoi il ne peut être question dans l'*Uti possidetis* des fruits perçus antérieurement à la prononciation de l'interdit. Voy. L. 1, § 40, D. *De vi*

vingt ans par exemple, le *dejectus* pourrait, par l'interdit *Uti possidetis*, non seulement se faire remettre en possession, mais encore dire qu'il a usucapé, sa possession étant censée n'avoir pas été interrompue!

Ainsi par exemple, j'achète de bonne foi un immeuble; à peine y suis-je installé que le propriétaire m'en expulse violemment.

Rien ne pouvait m'être plus favorable!

En effet je n'ai qu'à laisser écouler le délai d'usucapion, puis j'intenterai l'*Uti possidetis*; dans le système que nous combattons me voilà devenu propriétaire, puisque ma possession est censée n'avoir jamais été interrompue, et c'est le propriétaire lui-même qui s'est chargé d'usucaper pour moi!

Et remarquez que ce malheureux propriétaire ne peut même plus m'empêcher d'usucaper en revendiquant; il possède, et qui possède ne peut revendiquer [125]!

Même situation si, après que j'ai possédé de bonne foi un meuble pendant sept mois, le propriétaire me l'enlève violemment ou clandestinement; j'attends patiemment l'expiration de l'année, puis j'intente l'interdit *Utrubi*: je triomphe, ayant possédé dans l'année plus longtemps que mon adversaire, et, ce qui mieux est, j'ai usucapé, puisque ma possession est censée n'avoir jamais été interrompue!

Ce système est donc inadmissible. Au fond c'est la reproduction d'une vieille erreur, qui a donné naissance à l'article 2243 du Code civil [126].

43, 16. Comp. en sens divers, Accarias, § 967 *in fine*, note 2; — Molitor, Cours de droit romain, t. 3, p. 126; Machelard, Interdits, p. 181, 200, et s. et les auteurs qu'il citent. Voy. surtout Exner, *op. cit.* plus haut note 115 *bis*.

125. L. 1, § 6, D. *Uti possidetis.*, 43, 17. On se demande alors pourquoi Valentinien a cru devoir (L. 7, C. *Unde vi*, 8, 4), punir le propriétaire qui reprend violemment sa chose, en lui faisant perdre son droit. Dans le système que nous réfutons, cela se produisait déjà auparavant.

126. Art. 2243 : « Il y a interruption naturelle lorsque le possesseur est privé pendant plus d'un an de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit par un tiers. »

Elle se basait sur la L. 17, D. *De adq. pos.*, 41, 2, reproduite plus haut: on disait que l'on avait une année pour intenter l'*Unde vi*, et que, *pendant ce délai*, on était censé n'avoir pas perdu la possession [127]. Cette idée peut se soutenir au point de vue législatif; mais à coup sûr elle n'est pas romaine.

209. — Revenons à la Publicienne.

Si le possesseur n'est plus de bonne foi au moment où il reprend la possession perdue, par exemple au moment où il se fait restituer la chose en intentant la Publicienne, nous avons vu qu'il ne peut plus usucaper.

Ici Pellat s'est créé à lui-même une difficulté qu'il n'a pu résoudre et qui serait en effet inextricable... si elle existait.

Il s'est figuré, bien à tort, que notre possesseur, quoique n'étant plus *in via usucapiendi* à raison de sa mauvaise foi, pouvait encore intenter la Publicienne s'il était de nouveau dépossédé [128]!

Nous citons textuellement :

« Autant de fois que ce possesseur perdra la possession, autant de fois il pourra intenter de nouveau l'action publicienne et se faire remettre en possession par l'effet de cette fiction favorable d'usucapion; et cette qualité de propriétaire qu'on lui suppose toujours, il ne pourra jamais l'acquérir réellement! »

Cette difficulté imaginaire plonge le savant auteur dans une extrême perplexité!

Nous disons: *imaginaire*. Où donc, en effet, Pellat a-t-il pu trouver l'idée que le possesseur avait droit indéfiniment à la Publicienne, malgré qu'il fût devenu de mauvaise foi?

Sans doute il importe peu qu'il devienne de mau-

127. Voyez Troplong, *Prescription*, n° 543. Voy. aussi plus haut, note 119.
128. Pellat. p. 516.

vaise foi après qu'il a reçu tradition (L. 7, § 14, D., *h. t.*); cela ne l'empêchera pas d'intenter avec succès la Publicienne s'il vient à perdre la possession, car cela ne l'empêchait pas d'usucaper : *mala fides superveniens non impedit usucapionem.*

Lorsque, grâce à cette Publicienne, il reprendra possession de la chose, s'il est de bonne foi tout va bien, car il recommence à usucaper.

Mais s'il est de mauvaise foi à ce moment, plus d'usucapion possible, partant plus de Publicienne! Le juge aura beau supposer qu'il a possédé un an ou deux ans antérieurement à l'instance actuelle, ou, si l'on aime mieux, que sa dépossession donnant naissance au procès actuel a été plus tardive qu'elle ne l'a été en réalité, cela ne lui permettra pas de conclure que notre demandeur a usucapé, car au moment de sa dépossession il n'était pas *in via usucapiendi;* supposez le possédant encore au moment de la *litis contestatio*, supposez que cet instant vaille une année, peu importe, il n'aurait pas usucapé; la fiction de la Publicienne ne lui serait d'aucun secours!

Pellat semble penser que le juge de la Publicienne intentée pour la seconde, pour la troisième fois après plusieurs dépossessions et restitutions, se reportera toujours à l'acquisition originaire, par exemple à l'achat suivi de tradition, et supposera que le demandeur a possédé un an ou deux ans depuis cette tradition. Nous avons eu déjà trois fois l'occasion de remarquer qu'il n'en est rien [129]; l'année de possession imaginaire se compte en remontant à partir de la *litis contestatio*. Le juge examine si le demandeur, au moment *de la dernière dépossession*, avait une possession *ad usucapio-*

129. *Supra*, n° 45, n° 90, note 8, n° 182, texte et note 71 *bis*, *et infra*, Chap. XX, texte et note 2.

nem, et par conséquent s'il eût usucapé en supposant qu'il n'eût pas perdu la possession [129 bis].

La nouvelle et inextricable difficulté dans laquelle on se trouve plongé lorsque l'on perd de vue cette idée, contribue une fois de plus à en prouver l'exactitude.

Un texte, dont nous rejetons l'explication en note, a peut-être été l'occasion de l'erreur de Pellat ; il ne la justifie d'ailleurs en aucune façon [130].

129 *bis*. La paraphrase attribuée à Théophile confirme cette idée. Voici, d'après Ferrini (*Note critiche al libro IV dello Pseudo Teofilo*. Nota del S. C. prof. C. Ferrini, letta al R. Istituto Lombardo nell'adunanza dell' 11 decembre 1884, extratto dai Rend. del R. Istit. Lomb. Série II, Vol. XVII, fas. XIX-XX, Milano 1884, p. 4) la formule de la Publicienne, avec les modifications nécessitées par le droit nouveau (suppression de l'*anno possedisset*, et, selon nous, adjonction des mots *bona fide*, voy. *supra* Chapitre IV) : ἐπειδὴ τόδε τὸ πρᾶγμα ἐξ εὐλόγου αἰτίας (οἷον πράσεως, δωρεᾶς, προικὸς) ἐνεμόμην *bona fide*, ἔτρεχε δέ μοι *usucapίων* καὶ ἐν τῷ μεταξὺ πρὸ τέλους τῆς *usucapionos* ἐξέπεσον ὡσανεὶ *usucapiteusa*, εἰ ἔδει τόδε τὸ πρᾶγμα τῆς ἐμῆς εἶναι δεσποτείας. Traduction : *Quod hanc rem ex justa causa (veluti emptione, donatione, dote) bona fide possidebam, currebat autem mihi usucapio, et medio tempore, antequam usuceperim, possessione excidi, si usucepissem, tum si hanc rem meam esse oporteret.* On voit que le demandeur allègue qu'il était *in via usucapiendi* au moment de la dépossession qui donne naissance au procès.

130. L. 39, § 1, D. *De evictionibus*, 21, 2 : (Pellat, p. 512, et p. 444, n. 2) : *Si servus tuus emerit hominem, et eumdem vendiderit Titio, ejusque nomine duplam promiserit, et tu a venditore servi stipulatus fueris : si Titius servum petierit, et ideo victus sit, quod servus tuus in tradendo sine voluntate tua proprietatem hominis transferre non potuisset, supererit Publiciana actio et propter hoc duplæ stipulatio ei non committetur.* Ainsi mon domestique (nous dirons *domestique* et non *esclave* pour éviter toute confusion) vend et livre un esclave à Titius et lui promet le double du prix en cas d'éviction. L'acheteur, dépossédé par un tiers, intente la revendication et succombe parce que, dit le texte, mon domestique n'a pu, en lui faisant tradition sans ma volonté, lui transférer la propriété de l'esclave vendu. Mais il reste à l'acheteur la Publicienne, par conséquent il ne peut se dire définitivement évincé et recourir contre moi *de peculio* en vertu de la garantie promise par mon domestique. Là-dessus Pellat (p. 512) remarque qu'après avoir succombé sur la revendication et appris ainsi qu'on n'était pas propriétaire, on peut encore intenter la Publicienne. Sans doute, mais de là il ne faut pas conclure que si *après avoir perdu la possession* je la recouvre étant alors de mauvaise foi, je pourrai de nouveau intenter la Publicienne. Dans l'espèce de la L. 39, § 1, en effet, l'acheteur n'a été dépossédé qu'une seule fois, il a revendiqué sans succès ; il lui reste encore la Publicienne à intenter. Cela va de soi ; au moment de sa dépossession il était en effet *in via usucapiendi*. Le texte, même en le prenant tel qu'il est, ne fournit donc aucun appui à l'erreur de Pellat.

Remarquons en passant que les compilateurs ont eu tort d'insérer ce texte au Digeste. Du temps de Julien la solution s'expliquait facilement. Mon domestique en faisant simple tradition d'un esclave *res mancipi*, ne pouvait en tout cas en transférer que l'*in bonis* et non pas la propriété quiritaire à l'acheteur, dont la défaite sur l'action en revendication, et le succès assuré sur la Publicienne s'expliquent ainsi facilement.

210. — M. Accarias (t. I, p. 600, n° 1, 4e éd.) s'est gardé avec raison de suivre Pellat dans cette voie. Il n'affirme pas que l'acquéreur qui recouvre la possession par la Publicienne, alors qu'il est devenu de mauvaise foi, puisse intenter une seconde fois cette action. « Deux » solutions se conçoivent, dit-il ; ou bien on le dispense » de la bonne foi en sorte qu'il recommence à usuca- » per » (solution contredite par les textes) « ou bien il » n'usucape pas, mais alors l'éviction à laquelle il » demeure exposé a dû être prévue par le juge, et le » défendeur n'a pu se faire absoudre qu'en s'engageant » avec satisdation à réparer, le cas échéant, tout le » préjudice qui résulterait de l'éviction. »

Cette dernière solution est plus vraisemblable, mais il y a un peu d'exagération à obliger le défendeur à garantir contre l'éviction ; il n'est pas certain en effet que le demandeur eût usucapé. Il faudrait plutôt estimer ses chances d'usucapion, et obliger le défendeur à payer une somme correspondante.

Il est plus probable qu'en pareil cas le juge, au lieu

Quand bien même le jurisconsulte aurait écrit *mancipando* au lieu de *tradendo*, l'acheteur n'aurait pas acquis la propriété quiritaire, car, même en admettant qu'un esclave pût manciper la chose de son maître, voy. Accarias, t. I, 4e éd. p. 760, note 2) ce ne serait en tout cas que sur l'ordre exprès et spécial du maître (arg. L. 10 et 22, D. *De manum. vind.* 40, 2).

Mais, pour l'époque de Justinien, le texte ne s'explique plus. Il s'agit en effet d'un domestique ayant la libre administration de son pécule, et la faculté d'aliéner; la preuve c'est qu'il a pu obliger son maître par sa promesse de garantie, car s'il n'eût pas été autorisé à vendre, il n'aurait pu être autorisé non plus à garantir, cela saute aux yeux. Dès lors, sous Justinien, la tradition faite par ce domestique autorisé à vendre, et par conséquent autorisé aussi à livrer la chose vendue, cette tradition, disons-nous, donnerait le propriété et par suite la revendication à l'acheteur. Enfin le texte accorde la Publicienne à l'acheteur : donc ce dernier pourrait usucaper, or, cela n'aurait point lieu si le domestique n'avait point la libre administration du pécule (L. 10, C. *Quod cum eo*, 4, 26). De tout cela résulte que l'acheteur avait l'*in bonis* et par conséquent, sous Justinien, la revendication. Les compilateurs ont donc eu tort d'insérer ce texte au Digeste; ils ont cru pouvoir le faire en ajoutant après *tradendo*, les mots : « *sine voluntate domini*, » mais cela ne cadre plus avec le reste du texte qui suppose nécessairement, comme nous l'avons vu, un esclave ayant la libre administration de son pécule, et par conséquent agissant en vertu d'une autorisation générale de son maître.

d'ordonner au défendeur de restituer, ce qui aurait été une réparation insuffisante, puisqu'elle ne remettait pas le demandeur dans la même situation qu'auparavant c'est-à-dire *in via usucapiendi*, le condamnait s'il y avait lieu, à la *litis æstimatio*.

Je dis : s'il y avait lieu ; car il peut ne pas y avoir faute ou dol de sa part. Supposons qu'il ait acquis du même vendeur que le demandeur, mais après lui. Le premier en date (ici le demandeur) l'emportera dans la Publicienne (L. 9, § 4, D., *h. t.*) ; et si les débats lui enlèvent sa bonne foi, c'est un malheur dont le défendeur n'est pas responsable.

FIN DU TOME PREMIER

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CHATILLON-SUR-SEINE. — A. PICHAT.